UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

LE
COURTAGE MATRIMONIAL

« *Proxenetica jure licito petuntur.*
(Ulpien Dig. L. C. t. 14.)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le mercredi 1er juillet 1908, à 1 heure 1/2 du soir

PAR

Marcel FOURNOT

Avocat à la Cour d'Appel de Dijon.
Lauréat de la Faculté.

Sous la présidence de M. Eugène GAUDEMET, *professeur.*

Suffragants { MM. BAILLY, *doyen.*
HÉMARD, *professeur.*

DIJON
IMPRIMERIE BARBIER. — L. MARCHAL, Sr
5, RUE DOCTEUR-CHAUSSIER, 5

1908

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

LE
COURTAGE MATRIMONIAL

« *Proxenetica jure licito petuntur.*
(Ulpien Dig. L. C. t. 14.)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le mercredi 1er juillet 1908, à 1 heure 1/2 du soir

PAR

Marcel FOURNOT

Avocat à la Cour d'Appel de Dijon.
Lauréat de la Faculté.

Sous la présidence de M. Eugène GAUDEMET, *professeur.*

Suffragants { MM. BAILLY, *doyen.*
HÉMARD, *professeur.*

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

DIJON
IMPRIMERIE BARBIER. — L. MARCHAL, Sr
5, RUE DOCTEUR-CHAUSSIER, 5

1908

A MES PARENTS

A MA GRAND'MÈRE

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542705_0021

ERRATA

Page 6. Au lieu de : *on voit ainssi que*, lire : *on voit ainsi que*.

Page 16. Au lieu de : *la promesse que le courtier s'est faite* lire, : *s'est fait*.

Page 29. Au lieu de : *dans l'intérêt de qui il a été agi*, lire : *de laquelle il a agi*.

Page 32. Au lieu de : *par le conteste du billet*, lire : *par le contexte*.

Page 46. Au lieu de : *constitue une opération fortaitaire*, lire : *forfaitaire*.

Page 50, note 1. Au lieu de : *Troplay*, lire : *Troplong*.

Page 51. Au lieu de : *n'est pas subordonné*, lire : *subordonnée*.

Page 65. Au lieu de : *la cause de or, l'obligation*, lire : *de l'obligation; or les*.

Page 68. Au lieu de : *à l'élément matrimonial*, lire : *patrimonial*.

Page 83, note 1. Au lieu de : *Hinsheimer*, lire : *Heinsheimer*.

Page 86. Au lieu de : *wenden*, lire *werden*.

Page 90. Au lieu de : *suggestions lentes*, lire : *suggestionsleutes*.

Page 90. Au lieu de : *Criqueland*, lire : *Griqualand*.

Page 94, note 1. Au lieu de : *bürgerliehes*, lire : *bürgerliches*.

Page 105, note 1. Au lieu de : *offenteiche*, lire : *öffentliche*.

Page 125 Au lieu de : *locator opererum*, lire : *locator operarum*.

Page 135, note 1. Au lieu de : *30 novembre 1887, D. 1898. 2. 385*, lire : *1897. D. 1897*.

Page 143. Au lieu de : *de la condamner*, lire : *de le condamner*.

Page 159. Mettre la 1re ligne : *dans le cas où il aurait simplement exagéré la fortune*, la dernière.

Page 183. Au lieu de : *qu'elle ne pouvait*, lire : *qu'elle pouvait*.

BIBLIOGRAPHIE

APPERT. — Note sous Cas. req. 1er avril 1895. Sir. 1897. 1289. — Thèse : « Des actes de commerce terrestre ». (Paris, 1897).

ARBUS. — Thèse : « De la cause illicite ». (Montpellier, 1903).

AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae (5e éd., 1897).

AUTOMNE. — La conférence du droit français avec le droit romain. (Paris, 1629).

BARROT. — Consultation parue dans « le Droit » du 18 janvier 1853.

BARTIN. — Théorie des conditions impossibles et illicites (Paris, Rousseau, 1887).

BAUDRY-LACANTINERIE. — Précis de droit civil (6e éd., Paris, Larose, 1898).

BÉDARRIDE. — Traité de juridiction commerciale (Paris, 1864).

BEUDANT. — Cours de droit civil français.

BOUCHEUL. — Coutumier général du Poitou (1747).

BOUVET. — De la cause. (Thèse, Paris, 1897).

BRILLON. Dictionnaire des arrêts (1637).

BRISSAUD. — De la notion de cause dans les obligations conventionnelles. (Thèse, Bordeaux, 1879).

BUFNOIR. — Propriété et contrats. (Paris, Rousseau, 1900).

CARPENTIER. — Répertoire général alphabétique du droit français. (Paris, Larose, 1886-1907) 36 vol.

COLIN. — Des fiançailles et des promesses de mariages. (Thèse, Paris, 1887).

COLMET DE SANTERRE. — Cours analytique du Code civil. (Paris, 1849-1880) 9 vol.

CUJAS. — Œuvres (1623) 10 vol.

DALLOZ. — Répertoire de Jurisprudence et Doctrine. (Paris, 1844-1859) 49 vol.

DELANGLE. — Consultation parue dans « le Droit » du 18 janvier 1853.

DELVINCOURT. — Cours de Code civil. (Paris, 1824).

DEMANTE. — Cours analytique de Code civil. (Paris, 1849-1880) 9 vol.

DEMOLOMBE. — Cours de Code civil. (Paris, 1845-1882) 31 vol.

DENISART. — Collection de décisions de Jurisprudence (1783).

DOMAT. — Les Lois civiles. (Paris, Nyon. 1777) 2 vol.

DURANTON. — Cours de Droit français suivant le Code civil (4e éd.).

DUVERGIER. — Consultation parue dans « le Droit » du 18 janvier 1853.

DUVAL. — Série d'articles parus dans « le Jour » à partir du 28 juin 1896.

FEUILLOLEY. — Conclusions rapportées dans « la Gazette du Palais » du 14 nov. 1902.

FUBINI. — Studi Critici di Giurisprudenza civile.

FURETIÈRE. — Dictionnaire universel. (La Haye, Arnoud, 1701) 3 vol.

FUZIER-HERMANN. — Répertoire général alphabétique de Droit français. (Paris, Larose, 1886).

GAZAGNES. — Etude sur les agences d'affaires. (Thèse, Paris, 1898).

GILLET. — Plaidoyers. (Paris, 1696).

GIORGO GIORGI. La dottrina delle personne giurdiche corpi morali. (Fienze, 1889) 3 vol.

GIRARD-RIBAUD. — Article dans la « Revue générale de Droit ». (1905, p. 147).

GUILLOUARD. — Traité des contrats aléatoires et du mandat. (Paris 1893).

GUYOT. — Répertoire universel de Jurisprudence.

HUC. — Commentaire du Code civil. (Paris, Pichon, 1892-1903) 15 vol.

KOHLER. — Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. (Berlin, 1904) 2 vol.

LABORIE. — Rapport devant la Chambre civile Cas. Sir. 1855, 1. 337. Dall. 1855, 1. 147.

LAROMBIÈRE. — Théorie et pratique des obligations. (Paris, 1885) 7 vol.

LAROUSSE. — Dictionnaire universel. Deuxième supplément, vo Agences.

LAURENT. — Principes de Droit civil. (Paris, 1878). 33 vol.

LEHR. — Eléments de Droit civil anglais. (Paris, Larose, 1906) 2 vol.

LYON-CAEN et RENAULT. — Traité de Droit commercial. (Paris, Pichon, 1898, 3e éd.).

MARCADÉ. — Code civil. (Paris, 1875) 12 vol.

MASSÉ et DUTRUC. — Dictionnaire du contentieux.

MERLIN. — Recueil alphabétique des questions de droit, 4e éd. (Paris, 1837).

MEYNIAL. — Article paru dans Sir. 1890. 2. 97.

MORNAC. — Observations. (Paris, 1654).

Nouguier. — Des Tribunaux de commerce. (Paris, 1844).

Olivier. — De la sanction des obligations illicites. (Thèse, Paris, 1904).

Perrin. — Essai sur la réductibilité des obligations excessives. (Thèse, Paris, 1905).

Planck. — Commentaire du Code civil allemand (Berlin, 1897-1902) 7 vol.

Planiol. — Traité de Droit civil (3e éd., Paris, Pichon, 1905) 3 vol.

— Article paru dans « le Dallez périodique » 1908, 5e fascicules, 2e partie, p. 31.

Pollock. — Recueil de Jurisprudence. (2e éd., Londres, 1904).

Pont. — Code civil (Paris, 1875) 12 vol.

Portalis. — Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil. (Paris, 1844).

Pothier. — Œuvres. (Paris, 1861) 10 vol.

Rivière. — Pandectes françaises. (1886-1905) 59 vol.

Rogin. — Traité de Droit civil comparé. (Paris, Pichon, 1904).

Rossel. — Manuel du Droit fédéral des obligations. (Paris, Larose, 1905).

Roque. — Des agents d'affaires. (Thèse, Paris, 1902).

Ruben de Couder. — Dictionnaire de Droit commercial. (Paris, 1877-1880) 6 vol.

Saleilles. — Droit civil allemand traduit et annoté.

— De la déclaration de volonté. (Paris, Pichon, 1901).

Séfériadès. Etude critique sur la théorie de la cause. (Thèse, Paris, 1897).

Simplice. — Les agences de mariage. (Paris, Dentu, 1885).

Sirey. — Répertoire général alphabétique du Droit français.

Thaller. — Traité de Droit commercial. (3e éd., Rousseau, 1904).

Timbal. — De la cause dans les contrats et obligations. (Thèse, Toulouse, 1882).

Toullier et Duvergier. — Le Droit civil français suivant l'ordre du Code.

Troplong. Droit civil expliqué. Du Mandat, t. XVI (1846).

De Vatimesnil. — Consultation parue dans « Le Droit » du 23 janvier 1853.

Wagner. — De la nullité de la cause illicite. (Thèse, Paris, 1900).

Wahl. — Article sur le Courtage matrimonial, dans la « Revue trimestrielle de Droit civil » de 1904, p. 471.

— Traité du contrat de louage, t. II. (Paris, 1898).

LE

COURTAGE MATRIMONIAL

INTRODUCTION

Un auteur de l'ancien droit (1) déclarait que c'était un défaut dans la police de France, de n'avoir pas, comme en certaines villes d'Espagne, des entremetteurs pour les mariages. Si aujourd'hui son vœu ne s'est pas encore réalisé, les agences matrimoniales prennent du moins une certaine extension et il nous a semblé intéressant d'étudier, non le fonctionnement de ces agences — cela sortirait du domaine juridique — mais le contrat de courtage matrimonial en lui-même, et de nous demander si l'on devait en admettre la validité. Voici l'hypothèse pratique telle qu'elle se présente le plus souvent : un jeune homme désirant se marier, s'adresse à un courtier matrimonial en lui promettant en général une certaine somme pour le

(1) Automne. Digeste. *De Proxeneticis*, p. 811.

remboursement de ses voyages et des dépenses qu'il a faites, somme qui sera due quel que soit le résultat de l'entremise et dont la jurisprudence elle-même ne conteste pas la validité, et, soit une somme fixe beaucoup plus élevée, soit un tant pour cent (5 %) sur le montant de la dot de la future épouse pour le cas où il réussirait à lui faire contracter le mariage projeté : ce contrat est-il valable et doit-il recevoir exécution ? Telle est la question que nous nous efforcerons de résoudre.

Nous diviserons notre étude en trois parties : les deux premières : l'historique de la question en droit romain, dans l'ancien droit et dans la jurisprudence depuis la promulgation du Code civil, et une étude de droit comparé nous permettront d'aborder en toute connaissance de cause notre troisième partie qui constitue le point important de notre sujet, à savoir la discussion dogmatique sur la validité du contrat de courtage matrimonial, validité que nous défendrons à l'encontre de la jurisprudence.

Une jurisprudence presque constante de plus d'un demi-siècle (elle remonte à un arrêt de la Cour de cassation du 1er mai 1855 (1), annule en effet ce contrat, mais, malgré l'autorité qui doit s'attacher à elle, ses raisons ne nous ont pas convaincu. Elle semble s'appuyer sur deux arguments principaux; l'un juridique — cause illicite, — l'autre moral — atteinte au lien sacré du mariage.

Nous essaierons de montrer que sur le premier point la jurisprudence tombe dans une erreur qu'elle a bien souvent commise et que lui a fort reprochée la

(1) S. 1855. 1.337 — D. 1855. 1.147.

doctrine : c'est une confusion certaine entre la cause et les motifs d'un contrat. Elle semble, du reste, n'avoir de la cause qu'une idée vague et mal définie, ou plutôt non définie — nulle part en effet elle n'a donné de définition précise de la théorie de la cause, théorie pourtant particulièrement controversée en doctrine.

Sur le deuxième point il semble que l'arrêt de 1855 qui nous parle du mariage comme « d'un engagement irrévocable qui touche aux intérêts les plus élevés de la famille et de la société », était peut-être juste alors, mais paraît quelque peu suranné à une époque où le mariage est de plus en plus attaqué, où les partisans du divorce par consentement mutuel, par simple répudiation et même de l'union libre, deviennent de plus en plus nombreux, où le divorce est de plus en plus largement admis par les tribunaux.

Si la loi admet en effet le divorce pour causes limitées, la jurisprudence donne à celles-ci une grande extension. Aussi est-elle quelque peu inconséquente avec elle-même quand elle déclare illicite le contrat de courtage matrimonial en se basant sur ce même argument qu'avaient invoqué les auteurs de l'arrêt de 1855 : le caractère sacré du mariage. Pourquoi respecte-t-elle si peu ce caractère quand il s'agit de dissoudre un mariage, et le respecte-t-elle trop quand il s'agit d'en créer un, ce qui est pourtant une œuvre essentiellement morale ?

On objectera que trop souvent les proxénètes — pour employer le mot quelque peu méprisant qu'on appliquait dans l'ancien droit aux courtiers matrimoniaux — sont de vulgaires entremetteurs de liaisons plus ou moins éphémères qui, n'étant guidés que par

leur intérêt personnel, emploient n'importe quel moyen pour arriver à leurs fins. Mais, s'ils emploient des manœuvres frauduleuses, on donnera des recours contre eux ; ce n'est pas une raison pour condamner en bloc une institution qui, lorsqu'elle est loyale et bien comprise, peut, nous semble-t-il, rendre de réels services à la société.

Dans les grandes villes surtout, où beaucoup de personnes vivent isolées, ne peut-il pas être utile de recourir à l'intermédiaire d'un courtier matrimonial qui, très souvent, pourra amener un rapprochement entre deux personnes désirant le mariage et qui, si elles se plaisent, seront heureuses de le contracter. Serait-il juste du reste que la partie qui a obtenu le résultat qu'elle cherchait refuse d'exécuter l'engagement qu'elle avait librement conclu, en déclarant ce contrat illicite ? A ses yeux le contrat serait, ainsi, moral au moment où elle a contracté et où le courtier a fait des démarches de toutes sortes pour faire réussir le mariage projeté, mais il deviendrait immoral au moment où elle devrait payer le prix convenu.

Vers le milieu du siècle, un homme du meilleur monde, ayant des relations fort étendues, M. de Foy, était à la tête d'une agence matrimoniale très bien organisée et parfaitement honnête ; il fit ainsi, paraît-il, contracter plus de 10,000 mariages. Accomplit-il ce faisant, comme nous l'indique la jurisprudence, « une œuvre contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ? »

PREMIÈRE PARTIE

HISTORIQUE

CHAPITRE PREMIER

Droit Romain

Merlin (1) après avoir défini le proxénète : celui qui s'entremet pour la conclusion d'un marché, d'un mariage, nous dit spécialement que les courtiers matrimoniaux étaient fort répandus et que « les pères avaient coutume de s'adresser à eux pour sonder les jeunes gens à qui ils donnaient leur filles ».

Cependant, bien que cet usage fût constant, les textes nous en parlent peu : nous n'en possédons sur ce sujet que deux qui soient précis : le titre « *de Proxeneticis* » au Digeste (2) et le titre « *de sponsalibus et arrhis spontalititiis et proxeneticis* » au Code (3) qui nous parlent des proxénètes de

---

(1) Merlin, v° *Proxénète* (Ed. Bruxelles 1827) t. 25, p. 548.
(2) Dig. l. 50, t. 14.
(3) Code, l. 5, t. 1.

mariage. La loi 1 du Digeste valide nettement le courtage matrimonial et donne aux proxénètes une action pour le paiement de leur salaire : « *Proxenetica jure licito petuntur* » nous dit Ulpien, et il est à remarquer que de tous les proxénètes, c'était à ceux par l'intermédiaire desquels se concluaient les mariages que ce salaire était le plus légitimement dû. La loi 3 du Digeste nous dit en effet ; « Ce que les Grecs appellent salaires d'interprètes pourrait être plus facilement demandé chez eux, si quelqu'un, par exemple, s'était entremis pour faire contracter des liaisons d'amitié entre deux personnes, ou un mariage, ou toute autre chose de ce genre. Cette même loi nous dit ce qu'elle entend par le terme de proxénètes : ce sont d'après elle, ceux qui, d'une façon générale, se rendent utiles et nécessaires, moyennant salaire, dans les achats, les ventes, les affaires de commerce et les contrats licites (on voit ainssi que le terme de proxénète avait un sens très étendu et était loin de s'appliquer uniquement aux entremetteurs de mariage (1). Ceux-ci sont du reste tenus en fort mauvaise considération et la loi 3 du Digeste (2) insiste à deux reprises sur ce point ; au début, en nous disant que, bien que les proxénètes fassent un métier sordide, les présidents des provinces connaissent cependant des réclamations qu'ils font relativement aux salaires

(1) Voici la définition que donne Cujas dans ses observations (L. 11, observ. 18) des mots proxeneta et proxeneticum : « *Proxenetica*, dit-il, « sunt prœnia quae debentur interpretibus, et Pararii. Illi sunt qui græce Proxenetæ dicuntur, quorum scilicet beneficio, et interventione, inter duos negotia contrahuntur, vel nomina, vel nuptiœ vel amicitiæ ».

(2) Digeste, l. 50, t. 14.

qui leur sont dus, et, à la fin, en nous déclarant encore qu'il n'y a que des hommes vils qui puissent faire un métier de ce genre dans les grandes villes. Mais il est néanmoins certain que les proxénètes peuvent réclamer un salaire et que ce sont ceux par l'entremise desquels on s'est marié qui peuvent le faire le plus légitimement ; la raison de cette préférence semble nous être donnée au Digeste par la loi 18 (1) de sponsalibus : « et fere plerumque conditiones interpositis personis expediuntur », les mariages se traitant presque toujours par l'entremise d'autrui.

Cujas (2) s'explique en ces termes sur ce point : « Probabilior autem est eorum opera, qui nuptiarum contrahendarum, amicitiæ, pacis, sequestres et interpretes sunt. Nam neque hæc facile nisi per interpretes expidiri possunt ». Ulpien nous montre bien également le développement pris par cette industrie quand il nous dit au titre de Proxeneticis du Digeste : sunt enim hujusmodi hominum, ut tam in magno civitate officinœ. — Il résulte donc très nettement des textes, qu'en droit romain, les entremetteurs de mariage ont une action pour réclamer le salaire qui leur est dû et peuvent exiger une récompense, pourvu qu'il y ait eu une convention précédente : « si pactum intercesserit », nous dit la loi.

Une constitution de Theodose et de Valentinien avait, il est vrai, sous l'influence du christianisme, refusé toute action aux proxénètes, mais elle se basait sur de simples motifs de police et non sur un principe juridique quelconque.

---

(1) Dig. l. 23 t. 1.
(2) l 11, observation 18.

Une constitution de Justinien (1) donne du reste une sanction nouvelle à cette institution, en fixant, par rapport à la dot, la quotité du salaire dû : quand le courtier matrimonial, nous dit-elle, ne s'est rien fait promettre du tout, il ne peut rien réclamer, et, s'il s'est fait promettre quelque chose, il ne peut pas réclamer plus du vingtième de la dot et de la donation *ante nuptias* lorsque la dot est au plus de deux cents livres d'or (2) ; s'il veut demander moins, on s'en remet à lui, mais s'il veut demander davantage, il ne peut en tous cas dépasser dix-huit livres d'or, même si la dot et la donation *ante nuptias* est très forte ; s'il a essayé d'obtenir davantage il sera frappé d'une amende de dix livres.

Les Romains ne voyaient donc pas dans l'entremise d'un courtier matrimonial un obstacle à la liberté du consentement, car ils pensaient, comme nous, que celle-ci doit être entière pour la conclusion d'un mariage : le code nous dit, en effet, que quand au sujet d'un mariage projeté il existe une juste cause de repentir chez l'un des futurs époux, celui-ci doit seulement rendre les arrhes qu'il a reçues et non le quadruple, peine appliquée par une ancienne loi ; si une clause pénale excède les bornes fixées par cette nouvelle loi, elle sera nulle car « on doit être absolument libre lorsqu'il s'agit de contracter mariage ».

---

(1) Code l. 5, t. 1.

(2) La livre d'or valait à peu près 9 francs de notre monnaie.

CHAPITRE II

Ancien droit.

---

§ 1er. — Jurisprudence.

Si nous recherchons maintenant l'état de la jurisprudence et de la doctrine dans l'ancien droit au sujet du courtage matrimonial, nous voyons que la jurisprudence ne suit pas la tradition sur ce point et le déclare illicite. Celle-ci n'est, d'ailleurs, représentée que par deux arrêts du Parlement de Paris du 29 janvier 1591 et du 7 août 1690, arrêts que nous allons examiner, autant, du moins, que nous le permettra l'état des textes.

Le premier est rapporté in extenso dans Mornac (1) et nous croyons utile de le reproduire ici :

« Le 29 janvier 1591, Davidis plaidait pour un cer-
« tain proxénète qui, pour avoir monnayé un mariage
« voulait être payé de la somme de cent écus, laquelle
« celui qu'il disait être parvenu audit mariage par son

---

(1) Mornac. *Recueil d'arrêts*. Ed. 1721, 1re partie, t. IV, chap. 53, p. 25.

« entremise, lui avait promise par scédule écrite et « signée de sa main ; et se fondait sur la loi finale de « Sponsalibus » du code, la loi de « Proxeneticis » du « Digeste, la loi « solent de prescriptis verbis » et Her- « menopule, lequel dit en termes exprès, qu'en ce « cas, et quand il appert de la convention expresse, « comme il faut que le proxénète soit paye de ce « qu'on lui a promis.

« M. Choart, au contraire, qui plaidait pour le mari, « disait que telles lois avaient été abrogées par la « loi 1 de Nuptiis du code théodosien et la Novelle de « Valentinien.

« M. l'avocat général remontre que telles pactions « étaient illicites ; et de fait que pour les grands abus « qui se commettaient par tels proxénètes, les pre- « miers empereurs n'avaient pas trouvé qu'il fallut y « plus conniver ni suivre les constitutions premières, « lesquelles, pour cette cause, ils avaient abrogées en « ladite loi 1 de Nuptiis du code théodosien. Partant « qu'il ne pouvait adhérer aux conclusions du proxé- « nète dont il s'agissait.

« Le prévôt de Paris avait donné une provision, « attendu la scédule reconnue dont le mari aurait « appelé en la Cour et présenté la requête pour évo- « quer le principal. Par arrêt, la Cour mit l'appella- « tion et ce dont était l'appel au néant, évoqua ledit « principal, et y faisant droit, mit les parties hors de « Cour et de procès. »

Un autre arrêt du Parlement de Paris du 7 août 1690 décide également que le courtier matrimonial ne peut pas réclamer en justice le salaire qui lui a été promis. Cet arrêt n'est rapporté, à notre connaissance, dans aucun recueil, mais nous avons, sur l'affaire qui a

motivé cette décision, le plaidoyer de Gillet (1) pour l'entremetteuse.

Il s'agissait d'un sieur Chana, qui était trésorier de France à Lyon, et désirait fort se marier avec la fille d'un riche marchand lyonnais. Rencontrant des résistances de la part de celle-ci, résistances dues en grande partie à son âge assez avancé et à la modestie de ses origines, il eut recours à la gouvernante de la demoiselle et lui signa le billet suivant : « Je promets « de payer à Mlle Berardan la somme de mille livres « pour les peines et les soins qu'elle s'est donnés « pour faire réussir mon mariage.

« Fait à Lyon, le 1er janvier 1687. Signé : Chana du « Coin. »

Le signataire de ce billet refusant de payer la somme promise, Mlle Berardan la réclama devant les tribunaux ; l'affaire, plaidée à Lyon, alla en appel devant le Parlement de Paris où Gillet plaida éloquemment la légitimité du salaire promis au courtier matrimonial.

« Il ne faut pas, dit-il, refuser une gratification honnête à ceux qui se sont employés à faire réussir un mariage. Pourquoi? Parce qu'il est d'une nécessité connue indispensable de se servir pour cela du ministère d'autrui, et ce qui se pratique aujourd'hui là-dessus s'est pratiqué de tout temps : c'est qu'il n'est point de vue, de prétention, rien dans la vie, sur quoi un refus fut plus sensible ; et pour peu qu'on ait de délicatesse sur le point d'honneur, l'on ne s'expose guère à s'entendre dire à soi-même

(1) Gillet, avocat au Parlement, plaidoyers et autres œuvres. Ed. 1696, 8e plaidoyer, p. 121.

qu'on n'est pas agréable. L'on affecte, au contraire, souvent de paraître ne pas penser aux personnes à qui l'on pense le plus. Du moins, et ordinairement, on fait faire les premières avances par des étrangers, qu'on puisse désavouer s'ils ne réussissent pas. L'on veut sonder les esprits pour connaître leurs dispositions avant que de se déclarer, et cela ne se peut faire que par un tiers. D'ailleurs, et dans le commerce du monde, chacun a ses raisons de ménager en secret et avec mystère une recherche pour le mariage. L'un doit endormir des rivaux qui sont à craindre ; l'autre se dérober à des envieux ou des ennemis qui, dans ces occasions, ne manquent jamais de relever d'office tout le mal qu'ils savent et celui qu'ils ne savent pas. Celui-là appréhende qu'en se présentant et agissant lui-même, un empressement trop marqué ne donne de la défiance et ne refroidisse les esprits ; celui-ci diffère le plus qu'il peut de s'exposer au grand jour, de peur d'attirer trop d'yeux sur soi, et qu'à force d'application l'on ne vienne à découvrir jusqu'aux défauts imperceptibles. »

Et plus loin (1) : « Qu'on ne dise pas que ces conventions peuvent quelquefois donner lieu à des surprises et à des fraudes. Est-il de loi si sage dans son principe, qui ne soit sujette à quelque inconvénient dans l'exécution. L'eau la plus pure dans sa source ne peut-elle pas être corrompue dans son cours ? Il n'est rien de si salutaire, rien de si utile dont on ne puisse faire un mauvais usage.

« Or, comme ce ne serait pas une raison d'abolir

(1) P. 125.

une bonne loi parce que la malice des hommes peut en abuser en quelque rencontre, ce ne doit pas être non plus un motif de bannir du commerce du monde une pratique qui a ses utilités en général, quoique dans le particulier elle puisse donner quelquefois occasion à quelque désordre. Et comme il est de la prudence des juges, en maintenant l'exécution des lois, de punir ceux qui en abusent, il est aussi de leur sagesse de juger toujours par les principes de la justice, de l'équité et de l'utilité publique, et jamais par des raisons d'inconvénient. »

Ces raisons ne convainquirent pas les juges qui se prononcèrent dans le même sens que l'arrêt du 29 janvier 1591 et décidèrent que la somme promise au courtier ne devait pas lui être payée. Il est vrai, qu'ici, l'hypothèse était fort défavorable à l'entremetteuse qui, étant la gouvernante de la jeune fille, s'était prévalu de l'ascendant qu'elle avait sur elle pour l'engager à se marier contre la volonté de ses parents.

Il est néanmoins assez curieux que la jurisprudence de l'ancien droit ait ainsi nettement abandonné la tradition sur ce point et ait défendu une thèse opposée à celle qui prévalait en droit romain. Si l'on recherche les motifs qui ont pu l'orienter dans ce sens, il semble qu'on pourrait en invoquer deux principaux : c'est tout d'abord un changement dans la conception elle-même du mariage : le mariage a Rome pouvait être dissous avec une extrême facilité par le divorce et la simple répudiation, et les lois Julia de maritaridis ordininibus et Pappia Poppoea, dans leur préoccupation contre les tendances du célibat qui se manifestaient de plus en plus, lui avaient même quelque

peu donné un caractère de spéculation et de trafic ; aussi les proxénètes devaient-ils être considérés comme faisant un métier assez peu honorable, il est vrai, mais parfaitement licite. Mais, dans l'ancien droit, un courant d'idées absolument contraire se manifesta : sous l'influence du droit canonique, qui joua si longtemps un rôle important au moyen-âge, le mariage devint un lien inviolable et sacré, et peut-être est-ce par un scrupule quelque peu exagéré qu'on a ainsi condamné la légitimité du salaire dû au courtier matrimonial.

Mais à côté de cette raison, toute morale, qui nous semble cependant ne pas avoir été indifférente à ce changement d'idées, il y en a une autre certaine : c'est la méfiance excessive qu'on avait dans l'ancien droit envers tous les courtiers au point de vue de leur honorabilité, méfiance qui rejaillit forcément sur les courtiers matrimoniaux. Cette hostilité à l'égard des courtiers nous est attestée par de nombreuses coutumes : la coutume du Berry (1) au sujet des fourberies qui se peuvent commettre par les courratiers et les revendeurs ; la coutume de Paris (2) ; la coutume d'Orléans (3) ; la coutume du Nivernais (4) qui veut que les proxénètes, courtiers et autres commis destinés à vendre des marchandises à eux confiées, soient contraints par corps à vendre ces marchandises on leur valeur ; Boucheul (5) nous dit également qu'on

---

(1) Art. 31 et 32. Ed. Thomas de la Thomassière, t. IX.

(2) Art. 176.

(3) Art. 1429. Delalande. *Coutume d'Orléans commentée*, 2e éd., t. II.

(4) Art. 21. Guy Coquille. *Coutume de Nevers.*

(5) *Dictionnaire des arrêts*, vo Courtier.

se montrait très dur à leur égard et nous cite le fait d'un courtier « ayant donné lieu à pratiquer l'usure, « qui fut condamné à faire amende honorable et à « restituer ce qu'il avait pris pour son salaire, et en « l'amende de 400 livres parisis (1) envers le roi et à « tenir prison jusqu'à son plein paiement. »

Merlin (2) nous dit aussi que les courtiers étaient considérés comme des personnes publiques, et dès lors, contraignables par corps à rendre compte des marchandises et des commissions pour lesquelles ils ont éte employés.

Les courratiers ou courretiers (ainsi nommés dans une ordonnance de janvier 1350 et dans un règlement de février 1415), furent du reste suspects dès leur apparition et fort étroitement réglementés (3).

---

(1) La livre parisis valait environ 1 fr. 25.

(2) *Dictionnaire*, v° Proxénète. (Ed. de Bruxelles 1827), t. XXV, p. 548.

(3) Une ordonnance de Philippe le Bel de janvier 1312, et un statut de Louis le Hutin, consacrèrent leur organisation en les obligeant à se munir, pour exercer leur fonction, d'une autorisation préalable.

Charles VI, par un règlement de police du mois de février 1415, créa à Paris des courtiers pour le commerce des vins, des chevaux, etc., et interdit formellement à quiconque de s'entremettre dans les fonctions de courtier sous peine d'amende arbitraire.

Charles IX, en 1572, rendit un édit qui établissait à titre d'offices, c'est-à-dire rendait transmissibles et héréditaires les charges de « tous courretiers qui exercent faits de courtage ». Un arrêt du Conseil d'Etat de 1595 reproduisait les mêmes dispositions, mais en limitant le nombre des charges à huit pour Paris, douze pour Lyon, quatre pour Rouen. Cet arrêt édicte la liberté, pour les parties, d'agir par elles-mêmes ; c'est ce qu'on précisera plus tard en disant : « Ne prend pas courtier qui ne veut ». (Edit de décembre 1672).

Il était dès lors fort difficile au courtage matrimonial de prendre beaucoup d'extension, et l'on s'explique que les rares fois où les courtiers viennent porter leurs réclamations devant les tribunaux, ceux-ci les aient déboutés de leurs prétentions.

§ 2. — Doctrine.

Si nous recherchons maintenant l'avis de la doctrine, nous voyons que la plupart des auteurs se contentaient de rapporter cette jurisprudence, sans l'approuver ni la critiquer : elle faisait simplement loi pour eux.

C'est ainsi que Rousseaud de la Combe (1) constate que « la promesse que le courtier s'est faite faire pour « parvenir à un mariage par son entremise est « nulle », en se reportant aux arrêts que nous venons d'examiner ; — que Ferrière (2) déclare qu' « un proxénète en fait de mariage n'est pas en droit d'exiger le paiement de ce qui lui a été promis ; l'exécution d'une telle promesse dépend uniquement de l'honnêteté et de la libéralité de ceux auxquels il a rendu service, quelque avantageux que paraisse le mariage qu'il aurait fait réussir : c'est pourquoi telles

---

L'institution des courtiers fut confirmée et de nouveau soigneusement réglementée par les célèbres ordonnances de 1673 et de 1681, dont les dispositions sont encore souvent appliquées aujourd'hui.

(1) *Dictionnaire*, 4e éd., 1769, v° Proxénète, p. 533.

(2) *Dictionnaire de droit et pratique*, 4e éd., 1758, v° Proxénète.

pactions sont illicites » ; Guyot (1) nous dit également qu' « en France on ne peut faire de convention sur ces sortes d'objets. Les proxénètes qui font réussir des mariages ne peuvent prétendre que ce qu'on veut bien leur donner » ; Denisart (2) constate simplement que « ce mot vient du grec προξενετης, courtier. Les Grecs donnaient aux proxénètes un nom plus honorable que celui celui de courtier : il les appelaient interprètes ; c'était même une espèce d'office à Rome : les pères s'adressaient à eux pour sonder et pour pressentir l'esprit des jeunes gens à qui ils destinaient leurs filles. »

Certains auteurs étaient même tout à fait partisans du caractère licite du courtage matrimonial ; nous avons déjà vu le plaidoyer de Gillet en sa faveur ; — Automne (3), lui, allait plus loin et voulait qu'il y eût en France des courtiers matrimoniaux officiellement constitués : « Il faudrait, dit-il, qu'il y eut es villes certain lieu désigné auquel ceux qui auraient besoin de quelque chose se pussent rendre et faire enregistrer leur affaire à un officier établi pour cet état. Je cherche à acheter telle chose que je ne trouve es boutiques, je cherche compagnie pour aller à Rome ou à Paris, j'ai besoin d'un serviteur de telle qualité, tel maître ; tel demande un ouvrier, qui ceci, qui cela selon son besoin, comme j'ai appris qu'il y a en quelques villes d'Espagne

---

(1) *Collection de décisions de jurisprudence*, 7e éd., 1771, v° Proxénète.

(2) Guyot dans le *Répertoire de Merlin*. Ed. de Bruxelles, 1827, t. XXV, v° Proxénète, p. 548.

(3) Automne, *Digeste*, 3e éd., 1629 : *De Proxeniticis*, p. 811.

des entremetteurs de mariage qui demandent aux pères qui ont des filles à marier quel gendre ils désirent, ce qu'ils veulent donner en dot, de même aux pères des enfants ou autres : et plusieurs filles ou jeunes hommes ne sont mariés pour ne savoir parti sortable, et semble que ce moyen de nous entr'advertir apporterait une grande commodité au commerce public ; car à tous coups il y a des conditions qui s'entrecherchent, et pour ne s'entendre laissent les hommes en extrême nécessité... C'est en France un défaut pour la police de n'avoir pas, comme en d'autres pays, des entremetteurs pour les mariages ».

De même, Domat (1) nous dit que : « Si l'entremise n'est pas gratuite, celui qui a employé un entremetteur lui doit un salaire, ou tel qu'il a été convenu ou selon qu'il est réglé ; comme si l'entremetteur est un officier qui ait son droit taxé, ou tel qu'il sera ordonné, s'ils n'en conviennent de gré à gré. Car cette fonction, étant licite, doit avoir un salaire proportionné à la qualité du commerce ou autre affaire, à celle des personnes, au temps que dure l'entremise et au travail de l'entremetteur. »

---

(1) *Les lois civiles*, 1777, t. I, l. 1, t. 17 : Des proxénètes ou entremetteurs.

CHAPITRE III

De la promulgation du Code civil à nos jours.

Après avoir étudié le courtage matrimonial en droit romain et dans l'ancien droit, nous allons maintenant suivre son histoire depuis la promulgation du Code civil. Nous diviserons cette étude en deux parties, fort inégales d'ailleurs : dans une première partie, de beaucoup la plus développée, nous étudierons l'évolution de la jurisprudence, et, en deuxième lieu, nous verrons l'opinion de la doctrine sur ce point.

SECTION PREMIÈRE

JURISPRUDENCE

Notre étude de jurisprudence comprendra trois parties :

§ 1. De la promulgation du Code civil à l'arrêt de 1855.

§ 2. Arrêt de la Cour de cassation du 1er mai 1855.

§ 3. De l'arrêt de 1855 à nos jours.

§ I. — De la promulgation du Code civil à l'arrêt de 1855.

Jusqu'en 1855, la plupart des tribunaux se déclaraient en faveur de la validité du contrat de courtage matrimonial.

Se prononcèrent en ce sens : le tribunal de la Seine, dans un jugement du 6 janvier 1830 (1) ; — le tribunal de Bourgoin qui, par son jugement du 10 juillet 1843, reconnaissait que des billets souscrits pour indemniser un entremetteur des soins, travaux et démarches entrepris par ce dernier, pour faire conclure au souscripteur un mariage avantageux, avaient une cause parfaitement licite ; — le tribunal du Mans (jugement du 28 août 1850), et le tribunal de Saint-Girons (jugement du 2 juin 1851) ont également décidé que « cette clause n'est prohibée par aucune disposition de la loi ; qu'elle n'est point contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public qui doivent doivent protéger au contraire toutes les stipulations qui tendent à faciliter les mariages ; que les les soins et les démarches de tout individu peuvent être et sont journellement l'objet de conventions sous forme de mandat ou de louage d'industrie, et qu'il est impossible de concevoir le motif légal qui prohiberait d'en faire l'objet d'une convention, parce que leur but serait de faire réussir un mariage. »

La Cour de Toulouse, réformant une décision contraire du tribunal de première instance de la même

---

(1) *Gazette des Tribunaux* du 7 janvier 1830.

ville, déclare de même de même, dans un arrêt du 23 août 1848, « qu'un engagement de cette nature, ayant pour objet de rétribuer des services licites, n'est pas contraire à la loi. »

Cette Cour a encore jugé, par arrêt du 23 mars 1853, que l'obligation dont il s'agit a une cause qui n'est nullement prohibée par la loi, que dès lors elle est licite et que, conséquemment, elle doit être exécutée. »

Quelques décisions font cependant exception : c'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Paris du 19 août 1836, confirmant un jugement du tribunal de première instance de la Seine, déclare, en termes fort laconiques du reste, que de telles conventions sont illicites et immorales. De même, un jugement rendu le 23 août 1849 (1) par le même tribunal décide « qu'une pareille convention qui a pour objet la conclusion d'un mariage, non dans le véritable intérêt des parties et en ayant égard aux convenances réciproques, mais dans le but d'obtenir un salaire, doit être considérée comme ayant une cause illicite ».

Enfin, se prononce encore dans ce sens un jugement du tribunal de Niort, confirmé par la Cour de Poitiers, dans son arrêt du 9 mars 1853 (2), et la Cour de cassation, dans un arrêt après délibération en chambre du conseil, du 1er mai 1855 (3).

---

(1) Toutes ces décisions sont rapportées au Sirey, 1855, I, 342.

(2) S., 1853, II, 653 ; — D., 1855, I, 147.

(3) S., 1855, I, 337 ; — D., 1855, I, 47.

§ 2. — **Arrêt de la Cour de cassation du 1er mai 1855.**

Étant donnée l'importance de cet arrêt qui inaugure une phase nouvelle dans la jurisprudence, nous devons l'examiner un peu plus longuement et voir sur quels arguments il s'appuie pour déclarer illicite le contrat de courtage matrimonial.

Voici les faits qui servirent de point de départ à cet arrêt : le sieur Fleury, ancien notaire dans l'arrondissement de Niort, désirait obtenir la main d'une dame veuve Marchand, riche propriétaire du même arrondissement. Le sieur Foubert, avec lequel il était lié, offrit ou consentit de s'entremettre dans ce but, et, par suite d'arrangements entre eux, le sieur Fleury lui souscrivit à la date du 9 décembre 1847 un billet ainsi conçu : « Je promets de payer à Foubert, mar-
« chand de vin à Niort, la somme de 6.000 francs, si
« je me marie avec Mme veuve Marchand d'Auzure,
« pour les démarches qu'il fait ; bien entendu que si
« ce mariage ne réussit pas, alors cette obligation
« serait nulle et M. Foubert ne pourrait rien exiger.
« Cette somme sera payable dans deux ans, à partir
« de la célébration du mariage, soit en espèces, soit en
« marchandises ».

Foubert qui connaissait assez intimement la dame Marchand la mit en rapport avec Fleury, et le mariage eut lieu effectivement le 7 juin 1848. Plus tard, Foubert ne pouvant obtenir à l'amiable l'excution de l'obligation consentie à son profit intenta contre Fleury une action en paiement. A cette action le défendeur opposa la nullité de son engagement comme ayant une cause illicite.

Le jugement du tribunal de Niort accueillit ce moyen et déclara Foubert mal fondé dans sa demande. Voici les principaux attendus de ce jugement que nous croyons utile de reproduire ici :

« Attendu que le mariage est un acte essentiellement personnel, qu'à ce titre, et en raison du caractère d'irrévocabilité qui le distingue, il doit être encore plus que tout autre le résultat de la volonté libre et spontanée des personne qui s'engagent ;

« Attendu qu'au point de vue de la morale, le mariage qui est le lien le plus important de la vie doit être aussi le plus saint et le plus sacré ; qu'il est du devoir de la justice de lui conserver cette pureté qui en fait aux yeux de tous le mérite et la force ;

« Attendu que s'il est permis à des tiers de s'interposer pour amener un rapprochement entre deux personnes que des convenances réciproques paraissent réunir, cette intervention, pour être morale, doit être le résultat d'une affection sincère et désintéressée ; qu'admettre qu'il en pût être autrement, ce serait avilir le mariage en faisant de lui une industrie et un trafic honteux ;

« Attendu que cette dernière considération est bien plus grave encore lorsque la personne dont il s'agit d'obtenir le consentement ignore le motif pécuniaire qui fait mouvoir le tiers qui s'interpose, motif soigneusement dissimulé sous l'apparence d'une affection trompeuse ;

« Attendu que l'entremetteur, dans ce cas, n'a pour mobile que l'intérêt de faire réussir une combinaison dont il ne doit retirer un bénéfice qu'en cas de succès seulement ; que cet intérêt, exclusivement

personnel et presque toujours incompatible avec tout autre sentiment bienveillant, le porte à induire en erreur celui des futurs époux qu'il veut gagner, soit en exagérant les qualités de celui pour qui il agit, soit en lui attribuant celles qu'il n'a pas, soit en cachant ses défauts, soit même en déchirant par ses calomnies un rival qui eût peut être été préféré ; qu'il peut aller même, s'il en a les moyens, jusqu'à employer l'intimidation ; que tel est le rôle déloyal de celui qui, guidé par l'intérêt seul, ne s'est quelquefois pas fait scrupule de vendre son influence ».

Cette affaire fut portée devant la Cour de cassation qui rejeta le pourvoi et admit la solution de la Cour de Poitiers, à savoir le caractère illicite du contrat de courtage matrimonial, s'appuyant surtout sur le caractère particulièrement important du mariage qui forme la base de la société.

« Attendu, y est-il dit, que le mariage étant dans le système de notre législation un engagement irrévocable qui touche aux intérêts les plus élevés de la famille et de la société dont il est la base essentielle, le consentement des époux qui s'unissent et des parents qui ont autorité sur eux doit être libre, éclairé, et par conséquent affranchi de toute influence étrangère et intéressée à agir sur la détermination des uns ou des autres ; que tout ce qui serait de nature à compromettre ou à altérer la moralité ou la liberté du consentement est par cela même contraire au vœu de la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs ; qu'il en est ainsi de la convention par laquelle un tiers s'engageant à employer ses soins et ses démarches pour un mariage, stipule en retour sous la condition de réussir, une prime

calculée moins en raison des soins et des démarches promis ; qu'en vue du succès et selon l'importance du résultat ; qu'aux relations destinées à préparer l'indissoluble société dans laquelle chacun des époux apporte, avec ses biens, sa personne même et sa vie tout entière, un pacte de cette nature mêlerait l'intervention d'un agent dominé par des idées de spéculation et de trafic ; que, pour assurer le succès qui est la condition de la prime stipulée, cet agent pourrait, même sans fraude, peser directement ou indirectement sur le consentement des époux ou de leurs parents, en agissant de façon à dissimuler ou à prévenir, à atténuer ou à combattre les causes même les plus légitimes d'hésitation ou de refus. »

Puis, répondant sans doute à une objection possible, à savoir qu'il suffirait de refuser toute action en justice aux courtiers matrimoniaux quand ils auraient employé des manœuvres quelque peu irrégulières pour arriver à faire conclure un mariage, l'arrêt ajoute :

« Attendu que pour rendre illicite une telle convention, il n'est pas nécessaire que le danger de cette influence intéressée se soit réalisé et que le mal se soit produit ; qu'il suffit que le danger se montre et que le mal soit possible ; que là, en effet, tout est irréparable et que l'ordre social est trop intéressé à se prémunir contre de pareilles conséquences pour que l'on se doive contenter de réserver l'exception de dol ou de fraude contre l'entremetteur coupable de manœuvres déloyales dans l'exécution de son mandat ; qu'ainsi, une convention contre laquelle s'élèvent ces considérations de morale et d'intérêt

public ne saurait produire un lien de droit entre les contractants et devenir l'objet d'une action en justice. »

Quelle est la portée exacte de cet arrêt ? Il est à remarquer qu'il précise d'une manière plus nette que ne l'avait fait la Cour de Poitiers la distinction entre le proxénète qui entreprend à forfait la réussite d'un mariage et le mandataire qui interpose ses bons offices dans une négociation matrimoniale et qui peut avoir droit au remboursement de ses dépenses et à une indemnité pour ses peines et soins. Considérant que, dans le premier cas, il y a un intermédiaire intéressé, pour obtenir le salaire promis, à faire réussir le mariage et à solliciter par toutes sortes de moyens un consentement qui doit être essentiellement libre ; que, dans le second cas, il n'y a qu'un intermédiaire désintéressé, dont la rétribution se mesure, soit qu'il y ait insuccès, soit qu'il y ait réussite, sur la peine qu'il a prise et les soins qu'il a donnés, cet arrêt semble admettre que le courtage n'est nul que dans le cas où la rétribution promise au courtier est proportionnée à la dot et où le paiement en est subordonné à la réussite du mariage, et, qu'en dehors de la réunion de ces deux circonstances, on ne doit pas repousser l'action du courtier en paiement de son salaire. Dans un des attendus précités, cet arrêt se fonde en effet sur ce que la liberté du consentement se trouve altérée, lorsque le courtier « stipule en « retour sous la condition de réussir, une prime cal- « culée moins en raison des soins et des démarches « promis, qu'en vue du succès » ; or, lorsque la rémunération du courtier ne dépend pas de la conclusion du mariage, celui-ci n'aura plus aucun inté-

rêt à peser sur le consentement des parties. C'est ce que dit Larombière (1), qui remarque que dans cet arrêt « il ne s'agissait pas du remboursement des frais « ou de la simple rétribution à forfait subordonnée « à la condition du succès d'un projet de mariage et « en rapport avec l'importance du résultat à obtenir ».

D'autre part, l'arrêt de 1855, vise exclusivement la prime « calculée en vue du succès et selon l'importance du résultat à obtenir », ce qui paraît impliquer que si la prime ne dépend pas du chiffre de la dot, le contrat n'est pas illicite. Cependant cette idée ne ressort pas nettement, car, tout d'abord, dans la phrase précédente, il y a une inexactitude matérielle : dans l'espèce tranchée par l'arrêt de 1855, ce n'est pas en effet un tant pour cent qui avait été promis au courtier en cas de succès, mais une somme fixe (6.000 francs), ainsi du reste que dans la plupart des espèces soumises à la jurisprudence ; de plus, ce qu'ont redouté les auteurs de cet arrêt, c'est que des idées de spéculation et de trafic pussent se mêler aux pourparlers précédant le mariage, le courtier ayant intérêt à favoriser la conclusion de l'union matrimoniale qui lui assure la rémunération promise. Or « ainsi que le remarque M. Wahl (2), ces idées « de spéculation et de trafic » se mêlent aux pourparlers aussi bien dans un cas que dans l'autre, le courtier ayant le même intérêt à réussir dans les deux cas, bien que ces idées apparaissent plus nettement dans le cas où la prime est proportionnelle à la dot.

---

(1) Larombière, *Code civil*, t. I, art. 1133, n° 11.

(2) Wahl. *Revue Trimestrielle*, 1904. Le courtage matrimonial, p. 471.

§ 3. — Jurisprudence depuis l'arrêt de 1855 à nos jours.

Quoiqu'il en soit, cet arrêt a fait immédiatement jurisprudence, et nous allons voir qu'après lui les cours d'appel et les tribunaux ont été à peu près unanimes à proclamer également la nullité du contrat de courtage matrimonial. Examinons maintenant leurs décisions en ce sens :

Le 3 février 1859, un arrêt de la Cour de Paris (1), confirmant un jugement du tribunal civil de la Seine, déclare nulles des lettres de change souscrites en vue de la réussite d'un mariage et devant être considérées comme inexistantes dans le cas où le mariage projeté ne se réaliserait pas « attendu que les bonnes mœurs et la moralité publique sont intéressées à ce que le consentement des parties lors des mariages soit complètement libre et dégagé de toutes influences étrangères que l'on pourrait acheter à prix d'argent ».

De même, un jugement du tribunal de première instance de la Seine, en date du 20 juin 1861, confirmé quant au fond par la cour de Paris le 8 février 1862 (2), déclare nuls des billlets souscrits à un courtier matrimonial pour la rémunération de ses peines et soins, considérant « que les deux billets, objet du procès, n'ont point une cause commerciale, qu'ils ont pour cause la rémunération indue d'un courtage immoral et illicite. »

---

(1) S. 1859, 2. 295.
(2) S. 1862. 2, 377.

Il est à remarquer que cet arrêt est particulièrement rigoureux pour le courtier, et, à l'encontre de la distinction faite par la cour de cassation dans son arrêt de 1855, ne distingue pas entre le courtier qui entreprend à forfait la réussite d'un mariage, et celui qui a droit à indemnité pour ses soins et démarches, indépendamment de toute idée de réussite, car ici les billets avaient été souscrits pour la rémunération de ses peines et soins. (Cependant, dans l'espèce, une partie de la somme avait déjà été payée et il ne restait dû que deux billets s'élevant à la somme de mille francs, mais la cour ne se base pas sur ce fait et semble trouver indue toute rémunération).

Un arrêt de la cour de Caen, du 31 avril 1866 (1), confirmant un jugement du tribunal de Falaise du 5 juillet 1865, respecte au contraire cette distinction et déclare que la mission qu'un père donne à un tiers de prendre des renseignements destinés à préparer le mariage de sa fille majeure, oblige celle-ci, dans l'intérêt de qui il a été agi, à rémunérer ce tiers, comme negotiorum gestor, des soins qu'il a pris et des dépenses qu'il a faites.

De même un arrêt de la cour de Nîmes du 22 juin 1868 (2), tout en déclarant nulle, comme ayant une cause illicite, l'obligation de payer à un tiers une certaine somme stipulée à forfait pour le cas où, à la suite des démarches de ce tiers, celui qui s'oblige contracterait mariage avec une personne déterminée, dit cependant qu'il y a lieu d'indemniser le tiers de ses

---

(1) S. 1867. 2, 56.
(2) S. 1869. 2, 58.

dépenses, démarches et peines. Il s'agissait en l'espèce d'un cas particulièrement défavorable au courtier envers lequel on s'était obligé à payer une somme de 5 °/₀, tant sur la dot actuelle de la future que sur la dot présumée pour l'avenir, et qui, du reste, ne justifiait pas suffisamment l'existence d'une telle convention.

Un arrêt de la cour de Paris du 24 août 1868 (1), et un jugement du tribunal de la Seine du 8 octobre 1872 (2), se prononcèrent encore dans le même sens.

De même un arrêt de la cour de Paris du 11 janvier 1884 (3), déclare nul comme ayant une cause illicite le billet à ordre souscrit à un tiers, pour le cas où ce tiers, par ses soins et démarches procurerait un mariage à celui qui s'oblige. Il décide, en outre, que le tiers porteur du billet à ordre ne peut être considéré comme un tiers porteur de bonne foi, s'il a pu se rendre compte, par le texte même du billet, de la cause de l'obligation et de la cause à laquelle l'effet en était subordonné. Il nous faut du reste, faire quelque peu l'historique de cet arrêt : M. J. Betty avait souscrit un billet ainsi libellé : « Bon pour fr. 2,000. A présentation, je paierai à l'ordre de Mme Coblentz la somme de 2,000 francs payable en vue du mariage projeté entre moi, soussigné J. Betty, et Mlle Fontanier, rue Saint-Georges, à Paris ; mais, dans le cas où le mariage n'aurait pas lieu, le présent engagement deviendra nul et de nul effet ; si oui, il deviendra payable comme ci-dessus, à sa première présentation.

---

(1) S. 1868. 2, 270.
(2) J. trib. com., t. XXI, p. 407.
(3) S. 1884. 2, 132.

Paris, le 3 avril 1883. Signé : J. Betty ». Le mariage eut lieu peu de temps après, mais le billet souscrit au profit de Mme Coblentz était passé successivement à l'ordre de M. Becker et de M. Bénédic Marx. Celui-ci, tiers porteur, assigna alors le souscripteur devant le tribunal de commerce qui, dans un jugement du 28 août 1883, condamna Betty à payer au demandeur 2,000 francs, montant du titre dont s'agit, avec les intérêts suivant la loi.

M. Betty fit opposition à ce jugement, mais, le 6 novembre 1883, le tribunal le débouta de son opposition et, à l'encontre de toutes les décisions précédentes, reconnût nettement la validité du contrat de courtage matrimonial :

« Attendu, dit-il en effet, que des débats il appert que le billet objet du litige a été souscrit par Betty à Mme Coblentz pour la rémunérer de ses soins et démarches en cas de mariage ; que la cause n'a rien d'illicite, qu'en conséquence il convient de repousser le moyen opposé. Et attendu qu'il est justifié que le mariage projeté a été conclu, que le billet est donc devenu exigible; — et attendu que le demandeur se présente tiers porteur régulièrement saisi du billet dont s'agit; que Betty ne justifie pas de sa libération ; que, souscripteur, il se doit à sa signature ; que, dès lors, il convient de contraindre Betty au paiement réclamé. Par ces motifs... »

Mais, sur appel fait par M. Betty, la Cour de Paris déclare au contraire, dans un arrêt du 11 janvier 1884, que « toute convention contraire à la la dignité du mariage doit être considérée comme contraire aux bonnes mœurs ; que la cause du billet souscrit par Betty est donc illicite aux termes de l'arti-

cle 1133 du Code civil ; considérant enfin que Marc, prévenu par le conteste du billet de la condition qui y était insérée, ne peut être considéré comme un tiers porteur de bonne foi ».

Un arrêt de la Cour de Nîmes, du 11 mars 1884 (1), se prononce également en ce sens dans le cas suivant. Les directeurs d'une agence matrimoniale réclamaient aux époux dont ils avaient procuré le mariage une somme de 9,000 francs, prime calculée sur la dot de la future et stipulée en vue du succès et selon l'importance du résultat obtenu, prime, nous dit cet arrêt, qui « a une cause illicite comme étant contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ; qu'en effet, un pacte fait dans ces conditions est de nature à altérer la liberté du consentement des époux et de celui de leurs parents ; qu'il est incompatible avec la dignité du mariage, et, pour ces motifs, condamné par la jurisprudence ».

Cet arrêt reconnaît cependant ensuite qu'il y a lieu d'accorder aux directeurs de l'agence matrimoniale la rémunération de leurs peines et soins, le remboursement des dépenses et des frais par eux exposés dans l'intérêt des époux en question et dont ceux-ci ont profité ».

Se prononçent encore dans le sens de la nullité de ce contrat :

Un arrêt de la Cour d'Aix du 19 novembre 1886 (2).

Un arrêt de la Cour de Paris du 29 juin 1891 (3).

Un arrêt de cette même Cour, du 27 octobre

---

(1) S. 1884. 2, 100.

(2) *Recueil d'Aix* 1886, p. 127.

(3) *Gazette du Palais* 1891. 2, 523.

1892 (1), déclare de même nulles les obligations de ce genre et dit que cette nullité est opposable au tiers porteur des traites tirées par le créancier en représentation de cette somme, et acceptées par le débiteur, alors que ce tiers porteur avait pleine connaissance de la nullité qui entachait ces effets et que l'endossement des traites en son nom n'a eu d'autre but que de faciliter leur recouvrement. Voici l'hypothèse sur laquelle statuait cet arrêt : M. Chavane a tiré sur M. Richebois, pour la rémunération de ses soins et démarches à raison de la négociation d'un projet de mariage, deux traites de 1,000 francs chacune que M. Richebois a revêtues de son acceptation. M. Chavane a endossé les traites à M. Dussau, commerçant, qui, les ayant présentées à l'échéance, les a fait protester faute de paiement et a assigné ensuite M. Richebois devant le tribunal de commerce de la Seine qui a condamné celui-ci au paiement des traites, dans un jugement rendu par défaut, le 26 février 1892. M. Richebois ayant fait opposition en soutenant que les traites avaient une cause illicite, le tribunal l'a débouté de son opposition, « attendu que Dussau se présente tiers porteur régulièrement saisi des traites dont s'agit; que les allégations de Richebois, fussent-elles justifiées, ne sauraient être valablement opposées à Dussau ; que Richebois, accepteur, se doit à sa signature ; qu'il échet dès lors de l'obliger au paiement ».

Mais M. Richebois ayant fait appel, la Cour de Paris décida, au contraire, dans un arrêt du 27 octobre 1892 : « que les deux mandats de 1,000 francs cha-

(1) S. 1893. 2, 24.

cun, tirés par Chavane sur Richebois et revêtus de l'acceptation de ce dernier, sont la représentation exigée par Chavane de Richebois pour la négociation d'un mariage; que Dussau, tiers porteur qui en poursuit le paiement, avait l'entière connaissance de leur caractère et de la nullité qui les entachait; que l'endos passé en son nom est purement et simplement un endos de complaisance, afin de faciliter par cette manœuvre le recouvrement desdites traites; que, conséquemment, l'appelant est recevable et fondé à opposer à Dussau leur nullité ».

La Cour d'appel de Besançon, dans un arrêt du 6 mars 1895 (1), réformant un jugement du tribunal civil de Lure, du 18 juillet 1894, après avoir dit, également, qu'est nulle, comme ayant une cause illicite, l'obligation contractée par une personne de payer à un tiers une somme à titre de commission pour la négociation d'un projet de mariage, décide, comme l'arrêt précédent de la Cour de Paris du 27 octobre 1892, que cette nullité est opposable par le souscripteur de l'obligation à celui qui s'en est rendu cessionnaire en pleine connaissance de la cause illicite en vertu de laquelle elle avait été souscrite. Elle décide, de plus, qu'en pareil cas, le cessionnaire auquel la nullité est opposée par le souscripteur de l'obligation ne saurait puiser dans cette nullité la source d'une action en dommages-intérêts contre le souscripteur, l'action en dommages-intérêts n'étant, de la part du cessionnaire de l'obligation annulée pour cause illicite, qu'un moyen détourné d'en obtenir l'exécution

(1) S. 1895. 2, 196; — D. 1895. 2, 223.

contre le souscripteur, en faisant condamner celui-ci à des dommages-intérêts d'une valeur égale au montant du prix de cession déboursé par le cessionnaire. Mais le cessionnaire, ajoute cet arrêt, peut demander à son cédant la restitution de la somme qu'il lui a versée comme prix de la cession, et le cédant, pour échapper au prix de la cession, opposerait vainement au cessionnaire la maxime : *In pari causa turpitudinis cessat repetitio.* Cette maxime ne mettrait pas obstacle à ce que celui qui a versé une somme en vertu d'une obligation illicite poursuive en justice la restitution de cette somme (1).

Voici, du reste, très brièvement énoncés, les faits qui ont motivé cet arrêt : Un certain Grisey avait souscrit, au profit d'Elie Picard, son entremetteur dans un mariage qu'il désirait contracter, une obligation de 3,000 francs, payable dans le cas où cette union aurait lieu, ce qui se produisit en effet par la suite. Picard transporta le bénéfice de cette obligation à Nathan Wolf dans un acte sous-seing privé auquel Grisey a comparu. Nathan Wolf poursuivit contre ce dernier le paiement de l'obligation transportée et dont il avait payé le prix jusqu'à concurrence de 2,750 francs, mais Grisey lui opposa, avec raison, dit l'arrêt, une fin de non-recevoir tirée de la cause illicite

(1) Ce point est, du reste, essentiellement controversé en jurisprudence ; la cour de Besançon applique ici la doctrine d'un assez grand nombre d'arrêts qui admettent la répétition de ce qui a été payé en vertu d'une convention immorale ou illidite; toutefois, d'autres arrêts se fondent sur les maximes : « nemo auditur propriam turpitudinem allegans » et « in pari causa turpitudinis cessat repetitio », persistent à refuser toute action en justice pour la répétition de ce qui a été payé en vertu d'une cause immorale ou illicite.

de l'obligation. Cet arrêt déclare Nathan Wolf fondé à répéter contre Elie Picard les sommes qu'il lui avait payées en vertu d'une obligation annulée comme ayant une cause contraire à la loi et condamne Picard à restituer à Wolf la somme de 2,750 francs avec les intérêts de droit.

Un arrêt de la cour de Paris du 13 novembre 1897 (1), un jugement du tribunal de Lyon du 17 juillet 1896 (2), et un jugement du tribunal de la Seine du 15 mars 1904 (3) reconnurent, eux aussi, la nullité de ce contrat, toujours comme ayant « une cause illicite ».

Il est à remarquer, cependant, un jugement du tribunal de Lisieux du 21 janvier 1903 (4), qui rompt bruyamment avec les précédents, et qui, à l'encontre des arrêts antérieurement cités, décide que l'obligation contractée par une personne de payer à un tiers une somme à titre de commission pour la négociation d'un mariage est licite et doit recevoir exécution dès lors qu'elle n'est entachée ni de dol ni de fraude. Après avoir constaté que jusque là la jurisprudence et la doctrine étaient favorables à la thèse contraire, ce jugement déclare « que cependant, malgré ces autorités, il est permis de penser qu'une clause de cette nature, en vertu de laquelle un entremetteur stipule une commission, n'est pas forcément et nécessairement illicite; que, dans l'état actuel de nos mœurs, un tel système semble excessif ».

---

(1) Rapporté dans le journal *Le Droit*, du 5 janvier 1898.

(2) Rapporté dans le *Moniteur Judiciaire de Lyon* du 14 décembre 1896.

(3) Rapporté dans le journal *La Loi*, du 31 mars 1904.

(4) D. 1908. 2. 81.

Cet arrêt appuie ensuite ce revirement sur le changement qui s'est produit à son époque dans la façon d'envisager le mariage, car, dit-il, « dans un grand nombre de cas, l'union de l'homme et de la femme n'est plus déterminée par cette affection réciproque, que, en 1855, le conseiller Laborie proclamait l'essence du mariage ; que l'homme ne cherche plus dans la femme qu'il épouse la compagne fidèle et dévouée de son existence, et que la femme, qui sans cesse aspire à une émancipation plus complète et tend, de jour en jour, à devenir l'égale de l'homme, ne voit plus dans l'époux qu'elle accepte un protecteur, un soutien naturel, le chef d'une famille à fonder ; que bien différentes sont les préoccupations et que beaucoup d'unions ne sont plus basées aujourd'hui que sur l'intérêt ; qu'en un mot le mariage est devenu une affaire ; qu'il en est ainsi particulièrement dans une certaine classe de la société, et non la moins élevée ; — Attendu, dès lors, que, dansuntel état de choses, la commission stipulée au profit de l'entremetteur apparaît comme licite, et, qu'en conséquence, elle doit être respectée, à moins qu'elle ne soit entachée de dol ou de fraude ».

Aux considérations précédentes, le tribunal en ajoute d'autres plus sages et de nature à valider certaines promesses de commissions avec moins de difficulté. Il fait remarquer que, dans l'espèce, le futur mari semble avoir voulu plutôt indemniser le courtier de ses démarches et de ses frais et le remercier du service qu'il lui avait rendu. D'autre part, il observe que la question de commission n'a été soulevée que lorsque les deux familles étaient depuis longtemps

en relation et que le mariage allait être célébré, ce qui écartait l'idée d'un dol pratiqué.

Un arrêt de la cour de Toulouse, du 5 novembre 1902, nous retiendra quelque temps, car il a donné lieu à deux arrêts de la chambre des requêtes (1) et de la chambre civile de la Cour de cassation, arrêts fort importants sur la question que nous traitons et qui semblent indiquer un certain revirement de la jurisprudence en faveur du contrat de courtage matrimonial.

Devant la Cour de Toulouse, le point de droit était nettement posé : il s'agissait de savoir si la convention par laquelle une personne s'engage, moyennant rémunération, à faciliter le mariage d'une autre est valable, et si, par conséquent, la rémunération promise peut être exigée en justice La Cour de Toulouse a décidé que le contrat est illicite, parce que les démarches faites par un courtier matrimonial « sont de celles que réprouvent la liberté et la dignité du mariage ». C'était déjà là, on s'en souvient, l'argument invoqué en premier lieu par l'arrêt de 1855. La Cour constate, de plus, que le courtier n'avait, dans l'espèce qui lui était soumise, ni rendu de réel service, ni fait de débours sérieux de nature à justifier un salaire : c'est là une allusion évidente à la doctrine généralement admise d'après laquelle le courtier, bien qu'ayant une mission jugée le plus souvent illicite par la jurisprudence, a droit cependant à une rémunération pour l'argent qu'il a perdu, les dépenses qu'il a faites : frais de voyages, frais de poste, etc., etc.

Le pourvoi maintenait également très clairement la

(1) Cet arrêt n'est pas rapporté dans les recueils.

question sur ce terrain et demandait à la Cour de cassation de se prononcer à nouveau sur le point de savoir si le courtage matrimonial est ou n'est pas contraire à l'ordre public. Il soutenait que, si ce courtage est illicite, il ne l'est, en tous cas, que lorsqu'il est proportionné à l'importance de la dot et subordonné à la réussite de l'entreprise, conditions qui paraissent avoir été requises par l'arrêt de 1855 pour en admettre la nullité. (Nous avons vu, cependant, qu'il y a doute sérieux sur le premier point).

Devant la chambre des requêtes de la Cour de cassation, M. l'avocat général Feuilloley soutint avec beaucoup de force et d'éloquence la thèse de la validité du courtage matrimonial (1). A la suite de ses conclusions, la chambre des requêtes admit le pourvoi contre l'arrêt rendu par la Cour de Toulouse, mais la chambre civile de la Cour de cassation pensa devoir ne pas suivre celle-ci sur ce point et rejeta le pourvoi. Il est à remarquer, cependant, qu'elle formule sa théorie d'une façon si peu précise que M. Demogue (2) lui a même prêté la pensée de déclarer le courtage matrimonial en principe licite et d'abandonner ainsi la thèse de l'arrêt de 1855. L'on peut tout au moins dire, cette théorie pouvant paraître quelque peu exagérée, que la Cour de cassation a cherché le moyen de ne pas se prononcer de nouveau, ne voulant ni confirmer ni combattre la thèse qu'elle avait précédemment adoptée, et, pour cela, elle a été obligée d'interpréter l'arrêt qui lui avait été déféré d'une

---

(1) Ces conclusions sont rapportées dans la *Gazette du Palais* du 14 novembre 1902.

(2) *Revue trimestrielle*, 1904, p. 853.

manière peut-être discutable. Il semble tout au moins résulter de ce deuxième arrêt de la Cour de cassation qui évite absolument de se prononcer sur la question de droit, passant sous silence les principes qu'elle avait si énergiquement posés en 1855, que ceux-ci lui inspirent aujourd'hui quelque doute, et que, n'osant pas aborder de nouveau la question, elle remet à plus tard de l'examiner quant au fond.

L'arrêt de la chambre civile du 20 avril 1904 (3) s'appuie seulement, en effet, pour repousser l'action du courtier, sur ce qu'il n'avait ni fait de dépenses ni rendu de services ; il s'agissait, en l'espèce, d'un sieur Massip, directeur d'une agence matrimoniale à Castres, qui intentait une action en paiement d'une indemnité de 2,000 francs contre le sieur Bruyère, indemnité basée sur les démarches faites par lui pour le marier, et l'arrêt de la chambre civile s'exprime en ces termes : « Attendu qu'il est constaté souverainement en fait par la Cour d'appel que Massip ne justifie d'aucun débours sérieux, d'aucun service pouvant justifier le salaire qu'il réclame », et ajoute que « ces motifs suffisent pour donner une base légale à la décision ». La Cour de cassation dit donc, en somme, que le courtage n'avait pas été exécuté et donne ainsi une solution qui sera tout aussi exacte pour les courtages ayant un objet licite : un courtier quelconque, par exemple un agent de change qui a reçu l'ordre d'acheter des valeurs de bourse, n'aura évidemment droit à aucune rémunération si son mandat n'a pas été rempli Ainsi, dans cette affaire, la Cour de Toulouse déclare nul le cour-

(3) S., 1905, 1, 281.

tage matrimonial, en premier lieu parce qu'il est illicite, et, en second lieu, pour des raisons de fait. La Cour de cassation, quant à elle, juge, qu'en l'espèce, ce second motif est suffisant et se refuse à examiner la question de validité ou de non validité du contrat. En voulant ainsi ajourner un nouvel examen de la question, la Cour de cassation paraît bien indiquer que les arguments qui lui semblaient irréfutables en 1855 avaient, depuis, bien perdu de leur force. Il semble, en l'état actuel, qu'un nouvel examen de la question par la chambre civile de la Cour de cassation paraît nécessaire, examen qui, cette fois, pourrait bien être tout en faveur de la validité du courtage matrimonial.

Cependant deux arrêts récents de Cours d'appel restent fidèles à l'ancien système et annulent le contrat de courtage matrimonial comme ayant une cause illicite, mais il est à remarquer que, dans les deux cas ainsi jugés, le courtier avait employé des manœuvres dolosives qui pouvaient difficilement lui valoir la bienveillance des juges Un premier arrêt de la Cour de Caen, du 23 février 1904 (1), dans des termes mélangés de fait et de droit, déclare que le consentement au mariage ne pouvant être l'objet d'un trafic, est nul le billet qui a été souscrit pour la rémunération en cas de succès, des démarches faites par le bénéficiaire du billet en vue de procurer au souscripteur un mariage avec une personne déterminée. Il en est ainsi surtout, alors qu'une lettre écrite par l'intermédiaire au souscripteur du billet, et dans laquelle l'intermédiaire lui déclare

(1) S. 1905. 2. 253.

que c'est par un tour de force qu'il a réalisé son mariage, démontre que le consentement au mariage de l'autre partie n'a pas été spontané et lui été arraché par les manœuvres de l'intermédiaire ».

En l'espèce, un billet de 7,000 francs avait été souscrit pour la rémunération en cas de succès, des démarches faites par une dame Grand, pour marier un certain Herbinière à une dame Favrotte, mariage qui se réalisa par la suite. Un sieur Proust, agissant en vertu d'une reconnaissance de 7,000 francs passée à son ordre, fit divèrses saisies-arrêts entre les mains de plusieurs débiteurs d'Herbinière. Un jugement du tribunal civil de Domfront, du 24 juillet 1902, et un arrêt par défaut du 4 janvier 1904, déclarèrent nul le billet souscrit. Sur opposition à l'arrêt par défaut de Proust et de la femme Grand, la Cour de Caen, dans un arrêt du 23 février 1904, confirma le jugement du 24 juillet 1902, prétendant que l'industrie du courtier est contraire à la loi qui a entouré le mariage de nombreuses formalités destinées à le protéger contre toute atteinte, que dans l'espèce en particulier, la déclaration du courtier, d'après laquelle « c'est par tour de force que le mariage de son client a été réalisé », le prouve amplement.

De même, un arrêt de la Cour de Pau du 9 août 1904 (2) déclare ce courtage illicite, le courtier pouvant altérer les faits pour suspendre le consentement de l'une ou de l'autre partie et réaliser un bénéfice, mais il faut noter que, dans l'espèce, le tribunal a pu être défavorablement impressionné par cette circonstance qu'il s'agissait non d'une somme fixe stipulée à l'avance

(2) S. 1905. 2. 15.

comme dans la plupart des cas, mais d'un tant pour cent sur la dot (en l'espèce 5 °/₀) en cas de réussite du projet de mariage, que, de plus, les agents du courtier avaient employé des manœuvres précisément en vue de surprendre le consentement de l'un des conjoints.

Cet arrêt infirmait un jugement du tribunal civil de Mont-de-Marsan, du 23 mai 1903, qui avait proclamé la validité du courtage matrimonial en des attendus très sérieux, dont voici les principaux : « Attendu, y était-il-dit, que la plupart des mariages se concluent aujourd'hui entre des personnes qui, antérieurement, ne se connaissaient même pas ; que leur réalisation est due aux démarches d'intermédiaires ; attendu qu'il n'est venu à la pensée de personne, de réprouver comme contraires aux bonnes mœurs les négociations qui sont faites par des tiers en vue d'un mariage ; que le but qui est poursuivi est au contraire conforme à la morale ; que le tribunal ne peut admettre que le rôle de quelque intermédiaire, louable quand il se produit d'une manière désintéressée, devienne blâmable et contraire à l'ordre public quand il est rémunéré.

« Attendu qu'il est à craindre sans doute que l'intermédiaire, qui escompte le bénéfice que pourra lui procurer le mariage, n'apporte pas dans l'accomplissement de sa mission la même délicatesse que celui qui est désintéressé ; qu'il est néanmoins possible qu'il accomplisse loyalement son mandat ; que si, pour arriver à ses fins, il a recours à des moyens de nature à influencer le consentement des parties, les juges auront pour devoir, en ce cas, d'annuler la convention. »

Du reste, après ces attendus de droit, le tribunal déclare, qu'en l'espèce, les procédés employés sont de nature à faire prononcer l'annulation du contrat, tout en décidant que le courtier s'est exposé à des frais dont il est juste qu'il soit indemnisé par application de l'article 1375 C. civ.

Il s'agissait en effet d'un courtier qui avait employé des manœuvres dolosives, pour arriver à faire conclure le mariage de son client : le sieur Texier, directeur d'une agence matrimoniale, en relation avec le sieur Auriol, lui proposa en mariage une veuve sans enfants, et, avant de lui faire connaître le nom et l'adresse de cette veuve, il lui demanda de lui adresser une reconnaissance de 5 % sur l'apport de cette dame, et lui transmit le modèle de la lettre qu'il aurait à lui écrire en ce sens. De plus, dans une lettre, un agent de Texier donnait à Auriol le conseil d'altérer la vérité et terminait de la sorte : « Enfin, soyez habile ; après tout, ce n'est ni une escroquerie ni une tromperie sérieuse. »

M. Auriol ayant fait appel, la Cour de Pau, dans un arrêt du 9 août 1904, infirma le jugement précédent :

« Attendu que le mariage est la base de la société ; que tout ce qui porte atteinte à son essence est d'ordre public ; — attendu qu'il importe peu que le mariage ne soit plus irrévocable et qu'il puisse être dissous par le divorce ; qu'il repose toujours, comme condition essentielle, sur le libre consentement des époux ; par suite, que toute convention dont l'effet est d'altérer ou de fausser le consentement des parties, ou de l'une d'entre elles, doit être annulée comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ; — attendu que la convention dont

s'agit a pour effet de procurer un consentement au mariage, consentement qui n'est pas dans le commerce ; que le but de l'intermédiaire est le gain d'une somme importante, en cas de réussite du mariage projeté ; que ce but est sa seule préoccupation, et qu'il a pour effet de lui faire fausser ou altérer les faits, afin de lui faire surprendre le consentement de l'une ou l'autre partie et de lui faire réaliser un bénéfice. »

Cet arrêt constate du reste que, si le consentement n'eût pas été vicié dès l'origine comme ayant une cause illicite, il l'eut été en l'espèce, étant données les manœuvres employées. Texier demandant tout au moins à être remboursé de ses dépens, la Cour de Pau déclare : « qu'il ne justifie pas avoir fait des voyages ; qu'il résulte de la correspondance qu'il dirige une agence composée d'au moins six personnes, mais qu'il ne démontre pas avoir payé des tiers en dehors de ses agents ; que ses débours pour se procurer les renseignements paraissent être peu de chose » et que, dès lors, il ne peut même pas réclamer une indemnité.

Mais la jurisprudence n'est plus aujourd'hui unanime à condamner le courtage matrimonial : un jugement récent du tribunal de Toulouse en date du 15 juin 1906 (1), suit, lui aussi, l'évolution contraire qui semble de nos jours se dessiner en sa faveur et déclare valable en principe l'obligation contractée envers le directeur d'une agence matrimoniale, refusant toutefois en fait d'en tenir compte dans un cas où le rôle de cette personne avait été sans utilité et

(1) *Pandectes françaises*, 1906. 2.342.

où elle avait même trompé la confiance de son client.

« Attendu, dit-il, que l'obligation fondée sur les soins, démarches et débours promis à un intermédiaire pour amener la conclusion d'un mariage, n'est pas nécessairement inefficace, surtout lorsqu'elle est librement et loyalement consentie ; il n'y a, en effet, rien d'illicite, ni dans la cause d'un tel engagement, ni dans son motif, et on ne saurait poser en principe que l'entreprise matrimoniale, qui est unanimement considérée comme licite et morale lorsqu'elle est désintéressée, perd ce caractère par le seul fait de la rémunération qui y est attachée.

« Mais lorsque son exécution est subordonnée au succès de la négociation, lorsqu'elle constitue une opération fortaitaire en vue du mariage. et lorsque l'intermédiaire s'est rendu coupable d'agissements dolosifs, cette obligation ne saurait créer aucun lien de droit. »

Il s'agissait d'une somme de 2,000 francs promise dans le cas où un mariage se réaliserait, et ce jugement n'annule le billet souscrit que parce que l'entremetteur avait employé des moyens dolosifs, prétendant que la dot de la jeune fille qui devait se marier avec son client était supérieure à ce qu'elle était en réalité.

Ainsi ce jugement semble faire une distinction : ou bien l'entremetteur agira loyalement, se bornant à donner tous les renseignements nécessaires sur les futurs époux, à faciliter les entrevues et à amener ainsi la conclusion d'un mariage projeté : dans ce cas, il n'y a rien d'illicite dans la cause de la créance qu'il peut faire valoir contre les époux ; — ou bien, au

contraire, il agira déloyalement, usant de manœuvres dolosives pour peser sur la volonté de ses clients, les renseigner inexactement et alors, une obligation dont la cause est notoirement immorale, ne pourra plus être sanctionnée. Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'intermédiaire, et c'est là le cas sur lequel le tribunal de Toulouse fut appelé à statuer, dans le contrôle concernant la dot de la future, n'a pas agi scrupuleusement et a indiqué aux futurs époux des apports supérieurs à ceux qui existaient réellement, trompant ainsi la confiance de ce dernier, ou du moins ne servant pas fidèlement ses intérêts.

Cependant un jugement tout récent de la sixième chambre supplémentaire du tribunal de Paris, en date du 26 mars 1908, reste fidèle à l'arrêt de 1855 et déboute de sa demande un courtier qui réclamait à son client quelques milliers de francs calculés à raison de cinq pour cent de la dot de sa femme, décidant que si les démarches du courtier ont bien abouti à la conclusion du mariage, la convention préalable par laquelle il s'était assuré un pourcentage sur la dot de la jeune femme doit être considérée comme nulle, « attendu que la convention par laquelle une personne stipule une prime à forfait subordonnée à la conclusion du mariage pour lequel elle propose son office, est nulle comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ; qu'un pacte fait dans de telles conditions et basé sur l'importance du résultat obtenu, est incompatible avec la dignité du mariage ».

Mais, la semaine précédente, le tribunal de Lyon, saisi d'un procès identique, avait jugé tout autrement, accentuant ainsi cette lente évolution de la jurispru-

dence qui se fait de nos jours en faveur de la validité du courtage matrimonial. Ce tribunal avait décidé, en effet, qu'une pareille convention était pleinement licite, qu'elle n'avait rien de contraire aux bonnes mœurs, et qu'il en serait autrement seulement si l'intermédiaire avait employé des manœuvres frauduleuses pour provoquer le consentement de l'une des parties.

Et le jugement ajoutait : « Quant à la proportionnalité de la rétribution de la dot, le tribunal n'y voit non plus rien d'immoral, l'immoralité apparaissant plutôt du côté de celui qui, au mépris d'une promesse formelle, demande à la justice de le libérer d'un engagement que la loyauté et l'honneur devraient, dans tous les cas, lui imposer le devoir de respecter ».

SECTION II

DOCTRINE

La même évolution qui parait se manifester quelque peu aujourd'hui en jurisprudence en faveur de la validité du contrat de courtage matrimonial, se remarque également dans la doctrine et, dans ces dernières années, un changement s'est nettement dessiné en ce sens. La doctrine suit, du reste, exactement les phases jurisprudentielles que nous venons d'examiner; avant l'arrêt de cassation de 1855, elle déclare en général ce contrat valable, mais en édicte ensuite la nullité d'une façon à peu près unanime pendant de longues années jusqu'à un revirement en sa faveur,

que dans les derniers temps on peut observer chez un assez grand nombre d'auteurs. Le rapport de M. le conseiller Laborie (1) constate que la doctrine s'est jusque là peu occupé de la question, les agences matrimoniales étant alors une novation, novation contre laquelle se manifestait d'ailleurs une certaine répugnance. Il indique seulement l'avis que Dalloz formulait dans son nouveau Répertoire (2) : « Lorsque le mandat de l'agent d'affaires, disait-il, est prohibé par la loi comme contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public, il est manifeste qu'il ne peut obtenir aucun salaire, puisque la convention formée entre lui et son client ne peut avoir aucun effet (art. 1131, 1133, c. civ.) Ainsi, un agent matrimonial ne pourrait exiger l'exécution d'une convention par laquelle le futur époux se serait engagé à lui faire une remise proportionnelle (cinq pour cent, par exemple) sur le montant de la dot que se constituerait la fiancée. Quoique le mandat ait pour but, dans ce cas, l'acte le plus moral et le plus social, néanmoins il est incontestable qu'une remise salariée pour préparer l'union sympathique des époux et la constitution de la famille qui doit être si pure dans ses éléments, répugne profondément à toutes nos idées ».

Dalloz nous dit cependant, par ailleurs (3), que : « ne doit pas être regardée comme une clause contraire aux bonnes mœurs, et par suite repoussée, l'action qu'exercerait un mandataire pour obtenir la juste rémunération de ses soins, de ses démar-

(1) S. 1855. 1, 337 ; D. 1855. 1, 47.
(2) V° *Agents d'affaires*, n° 18.
(3) Dalloz. *Jurisprudence générale*, v° Obligation, n° 630

ches, de ses bons offices employés pour mener à bonne fin la négociation d'un mariage, juste rémunération qui lui a été promise sans être subordonnée au succès de son mandat ».

Cependant, dès cette époque, Troplong (1) constatait que la convention peut établir que le salaire ne sera dû qu'en cas de succès, que cette convention n'a rien d'illicite et qu'elle rentre dans le domaine de la volonté des parties. C'est également l'opinion de MM. Delangle Berryer, Vatimesnil, Paillard de Villeneuve, Duvergier, Léon Duval, Odilon Barrot et Marie, exprimée en diverses consultations et adhésions. On produisit, entre autres, une consultation fortement motivée, portant leur nom, à l'appui du pourvoi contre le jugement du tribunal de Niort, devant la cour de Poitiers, le 9 mars 1853 (2).

Mais l'arrêt de la cour de cassation du 1er mai 1855, confirmant l'arrêt de la cour de Poitiers du 9 mars 1853, qui déclarait nul le contrat de courtage matrimonial et eut tant de retentissement sur la jurisprudence, en eut également sur la doctrine, qui, pendant longtemps, à la suite de cet arrêt, se prononça d'une façon à peu près unanime pour la nullité de ce contrat.

C'est ainsi que Larombière (3) nous dit : « que de tels pactes qui ravalent le mariage aux viles proportions d'une spéculation et d'un trafic, qui tendent à en violer la liberté, à en altérer la dignité et le caractère

---

(1) Troplay. *Droit Civil expliqué*, éd. 1846 du mandat, t. XVI, n° 852.

(2) S. 1853. 2, 655.

(3) Larombière. *Code civil* annoté sur l'art. 1153, n° 11, éd. 1857.

moral, blessent tous nos sentiments délicats et répugnent profondément à nos mœurs. Puisse donc l'arrêt de notre cour de cassation qui ne fait, au surplus, que confirmer les principes de notre ancien droit, corriger au moins, s'il ne parvient à les faire cesser, les scandales de ces agences et courtages deshonnêtes. » Il ajoute cependant que « la cour de cassation n'entend point repousser, comme fondée sur une cause illicite et contraire aux bonnes mœurs, l'action qui serait intentée pour obtenir la juste rémunération de ses soins et travaux, par un mandataire qui aurait été employé dans le but de conduire à bonne fin la négociation d'un mariage par ses renseignements, ses voyages, ses démarches, son entremise et ses bons offices de toute nature, alors que la stipulation qu'il a faite d'un légitime salaire, n'est pas subordonné au succès de son mandat, à l'accomplissement d'un projet de mariage déterminé ».

Demolombe (1), après avoir cependant constaté, qu'à première vue, un tel contrat ne semble rien avoir de contraire à l'intérêt public, le but qu'il se propose étant on ne peut plus honnête, ajoute également : « Un tel contrat a pour objet un fait contraire à l'ordre public ; se figure-t-on bien ce mandataire réclamant du mari, son mandant, après le mariage célébré, la remise proportionnelle de 5 ou 6 pour cent que celui-çi lui aurait promise sur la dot de sa femme en cas de succès. Pourrait-on imaginer rien de plus scandaleux que ce pacte *quota... dotis !* Et qui ne voit que, pour obtenir cette remise ou toute autre somme fixée d'avance à forfait, le proxénète traitera cette négocia-

(1) Demolombe. *Droit Civil*, t. XXIV, p. 335, éd. 1868.

tion si délicate, où le bonheur des futurs époux et de leur famille, et où l'intérêt social lui-même sont si sérieusement engagés, qu'il la traitera, disons-nous, comme un vrai marché, sans autre préoccupation que celle de l'intérêt d'argent qu'elle a pour lui ».

Laurent, dans ses « Principes de droit civil » (1) se montre tout particulièrement partisan de la non-validité du contrat de courtage matrimonial : les raisons qu'il en donne sont principalement celles fournies par la cour de cassation dans son arrêt de 1855 : que le mariage est un engagement irrévocable qui touche aux intérêts les plus graves de la famille et de la société ; que le consentement des époux doit être libre, éclairé, affranchi de toute influence étrangère et intéressée, etc., et il ajoute : « Vainement, dit-on, que l'on aurait toujours l'exception de dol ou de fraude contre l'entremetteur coupable de manœuvres déloyales dans l'exécution de son mandat. Que la somme stipulée soit payée ou non, cela importe très peu ; ce qui importe, c'est d'empêcher la convention qui prête à ces abus ; disons mieux, la convention elle-même est un abus et elle accuse le matérialisme de nos mœurs et l'athéisme de nos sentiments. Au nom de l'ordre social et de l'ordre moral, il faut déclarer que cette convention ne saurait produire un lien de droit entre les contractants et devenir l'objet d'une action en justice ».

Laurent va même plus loin, et à l'encontre de la doctrine (2) et de la jurisprudence (3), qui déclarent

---

(1) T. XVI, n° 150, éd. 1875.

(2) Larombière. *Code civil annoté* sur l'art. 1133, t. I, n° 328; Fuzier-Hermann. *Cede civil annoté* sur l'art. 1133, t. II, n° 63, etc....

(3) Cour de Nîmes : arrêts du 22 juin 1868 et du 18 mars 1884, précités.

d'une façon à peu près unanime que, malgré la nullité du contrat intervenu, il y a cependant lieu d'indemniser le tiers de ses démarches, peines et soins, il refuse au courtier toute indemnité, disant qu'il n'y a dans ce cas ni mandat, ni gestion d'affaires, et que, par conséquent, les tribunaux ne peuvent pas ordonner la rémunération de services rendus : « Il y a, ajoute-t-il, un fait plus péremptoire, c'est qu'il ne peut y avoir d'action en justice qu'en vertu d'un fait licite; or, dans l'espèce, le fait est illicite, puisque c'est en vertu d'un contrat de courtage que le proxénète a donné ses soins et son temps ».

Fuzier-Hermann (1) déclare, lui aussi, nulle comme ayant une cause illicite, l'obligation souscrite pour rémunération de la négociation d'un mariage.

De même Bufnoir (2) dit que « sans doute, le fait d'accepter un mandat en vue de négociations d'un mariage et des démarches qui y correspondent, n'a rien en soi d'illicite ; mais ce que l'on vise, en parlant d'agences matrimoniales, ce sont des entremetteurs de profession qui se contentent d'une prime fort légère si les démarches échouent, mais qui stipulent une forte somme si le mariage vient à réussir, quelquefois même un tant pour cent sur la dot. On comprend, en pareil cas, qu'ils aient intérêt à faire réussir un mariage coûte que coûte, sans entrer dans aucune des considérations morales qu'exige un acte de cette gravité. Le mariage est incompatible avec ces sortes de marchés, dont le résultat est de vicier l'essence même du mariage ».

---

(1) *Code civil annoté* sur l'art. 1133, n° 73, éd. 1891.

(2) *Propriété et contrats*, p. 541, éd. 1900.

Aubry et Rau (1) rangent également parmi les conventions reposant sur des causes illicites « les promesses de courtage faites en vue d'un mariage, lorsqu'elles ont lieu à forfait et pour le cas de succès des démarches du proxénète ».

Mais, dans ces dernières années, la doctrine, ainsi que la jurisprudence, n'est plus aussi catégorique et un mouvement s'y est très nettement dessiné en faveur de la validité du contrat de courtage matrimonial,

C'est ainsi que nous lisons dans le Répertoire général alphabétique de droit français de Sirey (2) : « Les courtiers matrimoniaux sont des agents qui stipulent pour leurs services une rémunération fixée à tant pour cent du montant de la dot, la cause de l'obligation contractée est-elle illicite ? Il semble que non, car le but immédiat que se propose d'atteindre celui qui souscrit l'obligation est d'arriver à contracter mariage, ce qui est parfaitement licite. Sans doute, il y a un intermédiaire, mais le but poursuivi n'en reste pas moins le même. D'ailleurs, les mariages ne se font-ils pas le plus souvent par intermédiaire ? Et est-ce que le rôle de l'intermédiaire deviendrait illicite par cela seul qu'il est salarié ? »

Baudry-Lacantinerie (3) nous dit également : « Nous ne sommes pas sympathiques aux entremetteurs de mariage : mais si on laisse de côté la question de sentiment que pour ne s'occuper que de la question de droit, il semble bien difficile de les condamner sur le

---

(1) *Cours de droit civil*, 5e éd. 1902, t. IV, p 553.
(2) V. Obligation, 203, 200, éd. 1902.
(3) *Droit Civil*, t. II, n° 76, éd. 1903,

terrain de la cause. Analysons la convention. Quel est le but immédiat que se propose d'atteindre celui qui souscrit une obligation au profit d'un entremetteur de mariage ? C'est d'arriver à contracter mariage par les soins de l'entremetteur, qui s'engage à déployer toute sa diplomatie en vue de l'obtention de ce résultat. En un mot, l'entremetteur promet ses services moyennant salaire pour arriver à la conclusion d'un mariage, c'est un *locator operarum* ; l'obligation que l'on contracte envers lui a pour cause l'obligation qu'il contracte de son côté de préparer les voies et moyens pour arriver à la conclusion d'un mariage. Que voit-on là d'illicite, non seulement dans la cause de l'obligation, mais même dans son motif ? »

Pour M. Barde (1), lui aussi, « la cause de cette obligation, puisque la convention est synallagmatique, c'est la promesse que l'entremetteur a faite de mettre l'autre partie en situation de contracter mariage, si bon lui semble. Une pareille cause n'est certainement pas immorale ».

De même, Wahl, dans son « traité du contrat de louage (1) » et dans un article très documenté de la *Revue trimestrielle* de 1904 (2), se prononce nettement en faveur de la validité du contrat de courtage matrimonial. Il constate que les courtiers matrimoniaux rentrent dans la catégorie des agents d'affaires, c'est-à-dire des hommes qui, par profession et moyennant salaire, sans aucun caractère officiel, rendent un service à autrui, et il déclare dans son « traité du

---

(1) 2e éd., t. II, n° 3149.

(2) *Le courtage matrimonial*, p. 471.

contrat de louage (1) », que le salaire de l'agent d'affaires ne peut être réduit puisqu'il ne s'agit pas d'un mandat, mais bien d'une convention synallagmatique librement consentie; dans la *Revue trimestrielle*, il donne, en outre, diverses sortes d'arguments que nous aurons à approfondir dans notre troisième partie, et conclut que de sérieux indices permettent de penser que la doctrine affirmée par la chambre civile de la cour de cassation, en 1855, et suivie jusqu'à ces derniers temps par les tribunaux et par tous les auteurs, qui déclare mal fondé, sur une cause illicite, le contrat de courtage matrimonial, ne tardera pas à être ébranlée, et, subissant le même sort que la théorie du contrat passé par les entreprises de succès dramatiques, sera peut-être abandonnée par la jurisprudence ».

Ce courant d'idées s'accentue de plus en plus, aussi bien dans l'opinion publique qui, de jour en jour, a davantage recours aux agences matrimoniales, en reconnaissant *ainsi implicitement la nécessité*, que chez un grand nombre de nos jurisconsultes modernes qui n'hésitent pas à abandonner sur ce point notre ancienne jurisprudence.

C'est ainsi que tout récemment encore, l'un des plus distingués d'entre eux, M. Planiol (2), se prononce énergiquement en ce sens :

« Il n'existe aucune raison théorique, nous dit-il en effet, pour prohiber ces conventions d'une façon absolue. Tous les services non matériels : soins don-

(1) N° 2080.

(2) Article paru sous un jugement du tribunal de Lisieux et un arrêt de la cour de Pau, rapportés dans Dal. 1908, 5e fascicule, 2e partie, p. 81.

nés à la santé, éducation d'un enfant, satisfactions de l'amour-propre ou d'un goût artistique, peuvent comporter une rémunération en argent.

L'important est que les services ainsi payés ne constituent pas des actes frauduleux, immoraux ou dangereux par la nature propre des moyens mis en œuvre ».

DEUXIÈME PARTIE

DROIT COMPARÉ

Après avoir ainsi fait, en quelque sorte, l'historique du contrat de courtage matrimonial et avoir vu les différents courants d'opinions qui, en France, se sont manifestés à ce sujet, nous tenons à examiner dès maintenant comment les autres pays ont envisagé la question de savoir si ce contrat devait ou non être validé, question qui nous semble prendre aujourd'hui de plus en plus d'intérêt, et à la solution de laquelle certains codes étrangers ont même consacré un article spécial.

Deux courants opposés se manifestant très nettement en droit comparé, nous allons voir successivement quels sont tout d'abord les pays qui, d'une façon générale, se prononcent plutôt en faveur de la validité de ce contrat, et ensuite quels sont ceux qui sont partisans de sa nullité.

CHAPITRE PREMIER

Étude des législations favorables à la validité du contrat de courtage matrimonial.

SECTION I

L'ITALIE

Trois courants successifs semblent s'être manifestés à ce sujet dans la jurisprudence italienne : parmi les premiers arrêts qui se sont occupés de ce contrat, l'un d'eux le déclare nul, suivant du reste textuellement notre fameux arrêt de cassation de 1855, qui semble avoir eu une très grande influence, non seulement en France, mais même à l'étranger. Bientôt, cependant, ces idées sont complètement abandonnées et tous les arrêts postérieurs en reconnaissent la pleine validité, jusqu'à ce qu'une troisième opinion, plus pondérée, prévalut enfin, affirmant la validité du contrat de courtage matrimonial, mais déclarant qu'il est annulable quand les moyens employés dans l'exécution du contrat sont dolosifs, consistant dans des influences préjudiciables exercées sur l'un ou sur l'autre des contractants, dans des suggestions, captations et autres procédés semblables, par lesquels il

pourrait être porté atteinte à la liberté de consentement de l'une des parties.

C'est en faveur de la validité de ce contrat que se prononcèrent la Cour d'appel de Naples dans un arrêt du 19 février 1856 (1), la Cour d'appel de Gênes, dans deux arrêts du 19 avril 1853 et du 4 août 1887 (2), la Cour de Cassation de Rome, dans un arrêt du 29 avril 1878 (3). Cependant un jugement du tribunal de Novi, confirmé par un arrêt de cassation de Turin, du 25 septembre 1883 (4), décide qu'est nulle comme ayant une cause illicite l'obligation de payer à un tiers une certaine somme d'argent pour le cas où ce tiers réussirait à lui procurer un mariage à sa convenance, car dit-il, suivant en cela notre arrêt de 1855, cette obligation est contraire au droit et à la morale : au droit « en ce que cette entremise rétribuée est inconciliable avec la raisen, et le but du mariage, et que le mariage a sa base dans la pure expression de la volonté libre et spontanée des parties, ce qui veut dire que l'on doit proscrire comme dangereuse et illégitime toute ingérence de nature à suspendre, en quelque sorte, et corrompre cette volonté libre et spontanée ; que cette volonté n'est plus aussi certaine lorsqu'on se trouve en présence des agences matrimoniales, lesquelles ne sont dominées que par un sentiment, n'ont qu'un but le lucre, surtout lorsqu'on stipule que le salaire ne

---

(1) Rapporté dans Chironi « *Rivista italiana* » t. III, p. 254 et suiv.

(2) Rapportés dans Greco « *Archivio giuridico* » t. 45. p. 143.

(3) Rapportés dans Nuti « *Nella causa civile di prossenetico matrimoniale che si agita al tribunale di Pisa* (Pise, 1890), p. 47.

(4) S. 1884. 4. 20.

sera dû qu'à la condition que le courtier procure la conclusion du mariage : l'intérêt du courtier est alors que le mariage réussisse à tout prix, puisque autrement, il perd sa prime, et que de la nécessité de faire réussir le mariage découle aussi la nécssité d'employer des moyens frauduleux, de faire luire des espérances imeginaires ; que l'intérêt des contractants exige qu'ils contractent les seuls mariages dans lesquels on rencontre l'affection réciproque, la similitude des caractères et la conformité des idées et des sentiments qui sont le gage du bonheur domestique.»

Contraire à la morale : « attendu que si le sens moral admet comme licite et honnête le concours des intermédiaires dans les obligations et les actes de la vie civile, qui ont pour objet un avantage matériel et appréciable en argent, il se révolte au contraire et se trouve froissé, lorsque l'entremise accordée à prix d'argent, passe de l'ordre matériel dans l'ordre moral, et surtout lorsqu'elle s'insinue dans l'ordre des affections et des sentiments qui sont la base de l'association conjugale .»

Cet arrêt eut du reste bien peu de succès : les arguments qu'il invoque ne furent pas suivis par la jurisprudence postérieure qui affirma très nettement la pleine validité de ce contrat.

Telle est la solution donnée par un arrêt de cassation de Naples du 30 décembre 1899, déclarant que « le contrat de courtage matrimonial est valable, sauf pour le juge la faculté d'examiner s'il est immoral à raison des conditions qui y ont été apposées ou s'il n'a produit aucun effet. (1). »

En ce sens également, un arrêt de cassation de

(1) S. 1903. 4. 14.

Turin, du 13 septembre 1893 (1), car d'après lui, « s'il peut arriver que la personne qui assume la qualité d'intermédiaire en matière de mariage, soit stimulée par les circonstances de la convention, à influer par des mensonges ou d'autres moyens indélicats, sur la volonté de l'une ou l'autre des parties contractantes, en altérant la liberté essentielle de leur consentement il peut également arriver que la convention se forme de telle manière que ce danger en soit exclu. »

Ledit arrêt ajoutait qu'il y a lieu d'examiner s'il s'agit d'un mandat rétribué, ou d'un véritable proxénétisme, avant de refuser l'action en justice fondée sur une promesse de cette nature.

Se prononce de même un arrêt de cassation de Turin du 4 décembre 1900 (1), rejetant le pourvoi formé contre un jugement du tribunal de Parme qui déclarait que les fonctions de l'intermédiaire exercées d'une façon normale. ne correspondaient pas du tout à des sollicitations ayant pour but de vicier le consentement des parties et ajoutait qu' « il est impossible de considérer ces services comme illicites, lorsqu'ils sont fournis et requis d'une manière loyale et honorable, et de prétendre ainsi que la loi doit refuser à l'intermédiaire toute protection et autoriser ceux qui ont usé de ses services, à méconnaître une obligation librement contractée, et cela sous prétexte de sauvegarder la morale. Si la fraude de l'intermédiaire est prouvée, sa demande doit être rejetée ; mais si la convention doit être alors déclarée nulle, ce n'est pas parce qu'elle a pour objet d'amener la conclusion d'un mariage, c'est parce qu'elle est viciée de fraude et de dol ».

---

(1) S. 1903. 4. 14.

Cependant à l'encontre des arrêts précédents, la Cour de Naples dans un arrêt rendu le 26 septembre 1901 (1), déclare qu'une obligation de ce genre est nulle comme fondée sur une cause illicite et une fausse cause : illicite, comme influant sur la liberté du consentement ; fausse, car le courtier avait fort exagéré la fortune de la future qu'il évaluait à un million et s'était fait promettre 5 puis 2 % sur cette somme. Il s'agissait d'ailleurs en l'espèce, d'une obligation qui avait été souscrite par un jeune homme ne connaissant pas du tout celle qu'il désirait épouser par l'intermédiaire du courtier et qui convoitait uniquement sa fortune.

Mais un pourvoi ayant été formé, la Cour de cassation de Naples, fidèle à la jurisprudence antérieure, n'hésita pas, le 26 septembre 1901, à casser cet arrêt et décida que cette obligation devait recevoir exécution, à moins que des manœuvres frauduleuses n'aient été exercées par le tiers sur son cocontractant pour le déterminer au mariage. Au contraire, si le souscripteur de l'engagement a été trompé par le tiers sur le chiffre de la dot de la personne avec laquelle ce dernier l'a mis en rapport, il n'y a pas, d'après cet arrêt, fausse cause, mais simplement une erreur sur les motifs qui ne permet pas l'annulation de l'obligation. Dans l'espèce, le mirage de la grosse dot n'a pu être que le motif déterminant et non la cause de or, l'obligation ; les motifs sont sans influence sur la validité de la convention et doivent être soigneusement distingués de la cause qui, dans les contrats synal-

(1) *Journal de droit international privé*, 1905, p. 1137.

lagmatiques, est représentée pour chacun des contractants, par la prestation de son co-contractant.

Deux arrêts de la cour de Naples du 26 août 1901 (1) et de Gênes du 5 juin 1903 (2), adoptent la même solution.

Un arrêt de la cour de Bologne du 18 avril 1904 (3) décide également, qu'en principe, le contrat de courtage matrimonial est valable, mais cependant annulable quand le courtier a employé, pour arriver à ses fins, des moyens de nature à influer sur la liberté de consentement de l'une des parties. C'est cette opinion qui gagne de plus en plus de terrain et semble bien être le point d'aboutissement de la jurisprudence italienne. « S'il est vrai, nous dit à ce sujet la cour de Bologne, que le mariage est un contrat et que, comme dans tout contrat, l'entremise d'un courtier est licite, il est également exact que, comme il s'agit d'un contrat indissoluble et de nature spéciale, d'un contrat qui est la base de la famille et de la société, il faut écarter et exclure toute intervention de tiers qui, guidés par un intérêt pécuniaire, peuvent être facilement amenés à compromettre la moralité du mariage, à enchaîner la liberté du consentement qui est exigée dans tout contrat, et doit l'être à plus forte raison dans le mariage, où il ne suffit pas de considérer l'état actuel des choses, mais où il faut également se référer au passé et à l'avenir, et éliminer tout ce qui peut influer illégitimement sur la liberté de consentement de l'une ou l'autre des parties. »

---

(1) *Mon. dei Trib.* 1901, p. 992.
(2) *Mon. dei Trib.* 1903, p. 668.
(3) S. 1905. 4, 20.

Du reste, en Italie, la grande majorité de la doctrine se prononce également dans ce sens, entre autres Giorgo-Giorgi qui, dans sa « Theoria delle obligazioni nel diritto moderno italiano quarta adizione » (1), revient sur sa première opinion, défavorable au contrat de courtage matrimonial. Saredo dans un article « Del proxenetico matrimoniale nel diritto civile italiano » (2).

Cependant, Chironi, dans ses « Questioni di diritto civile » (3), soutient la théorie adverse et prétend qu'une entremise de ce genre est contraire à la sainteté du mariage, car il faut éviter que des spéculations de toutes sortes puissent s'exercer à ce sujet, spéculations soit de la part de l'époux, qui a en vue une belle dot ou d'autres considérations d'intérêt, soit de la part de l'intermédiaire qui s'efforce d'obtenir la compensation promise. Dans la « Rivista italiana » (4), ce même auteur nous dit que la validité du courtage matrimonial conduirait à cette contradiction : la loi, d'un côté, protège avec grand soin l'institution du mariage, et d'un autre côté, elle permettrait qu'on puisse stipuler sur lui toutes sortes de conventions, de telle façon qu'il soit possible de mettre en œuvre tous les moyens qui peuvent conduire à le faire contracter.

Mais Ferrara, dans son intéressant ouvrage sur la « Teoria del negozio illicito (5) », observe qu'on ne peut pas dire que le courtage matrimonial heurte le senti-

---

(1) T. III, p. 384.

(2) Article publié dans le journal « La Legge », 3e partie, p. 5 et suivantes.

(3) P. 140 et suivantes.

(4) T. III, p. 255.

(5) P. 70 à 84.

ment général de la conscience publique, crée un scandale et apparaisse aux yeux de tous comme une chose révoltante contre laquelle se soulève la conscience de l'individu.

Le courtage matrimonial, dit-il, a pénétré dans nos mœurs ; il est devenu pour ainsi dire nécessaire, et la majeure partie des citadins ne voient en lui rien de honteux ni de blâmable. Aussi le sentiment public se montre plus offensé par la conduite indigne de celui qui s'est abaissé à promettre le salaire et qui, lorsqu'il est parvenu au mariage cherché, se sentant pris d'une « pudibonde rougeur » tardive, refuse la rémunération promise, se réfugiant à l'ombre de l'illicité de la cause.

Fubini, dans son petit traité « Studi critici di giurisprudenza civile » (1), a composé un article très documenté sur notre sujet et se prononce également dans le même sens : « Je ne crois pas, nous dit-il, qu'à priori, on doive exclure la validité du courtage sous prétexte qu'il puisse donner lieu à spéculation, ce qui, d'ailleurs, démontrerait seulement que dans certains cas — et, quoiqu'on veuille prétendre, ils ne sont pas fréquents — on attache de l'importance à l'élément matrimonial du contrat de mariage (2) ».

Et plus loin (3) : « Du reste, le courtier doit être rendu responsable lorsqu'il s'est rendu coupable de fraude dans l'exécution de sa mission, et sa responsabilité doit même être étendue à la réparation des dommages pour les informations sciemment fausses qu'il aurait données et qui auraient été de nature à influer sur le consentement.

---

(1) P. 70 à 82.
(2) P. 75.
(3) P. 79.

Mais si l'on ne peut rien reprocher au courtier, s'il n'a, en aucune façon, altéré la vérité pour amener l'autre personne à consentir, le droit à la rémunération sera indiscutable, et, à cet égard, il me semble que l'on ne doit pas approuver la tendance de la jurisprudence à réduire la rémunération trop élevée qui pourrait avoir été stipulée ».

SECTION II

LA BELGIQUE

La jurisprudence belge est, quant à elle, beaucoup moins catégorique et semble hésiter entre la nullité et la validité du contrat de courtage matrimonial. Jusqu'en 1905, les tribunaux de première instance s'étaient, du reste, seuls prononcés sur la question : dans une première période, ils semblèrent plutôt partisans de la nullité, puis ils virent ces contrats avec plus de faveur et d'une façon générale se prononcèrent pour leur validité jusqu'à ce qu'un arrêt de cassation du 15 mars 1905 en édictât la nullité. Nous allons examiner rapidement ces phases successives.

Un jugement du tribunal de première instance de Bruxelles du 31 janvier 1883 (1), porte lui aussi l'empreinte de notre arrêt de cassation de 1855 : « Attendu y est-il dit principalement, que le mariage n'est pas un contrat ordinaire, que de sa nature il est étranger à tout intérêt d'argent et ne peut être annulé ni pour dol, ni pour fraude ; que le lien qu'il forme est le lien

(1) Pasicricie belge. Tribunaux, p. 23.

des âmes, que les engagements qui en découlent sont irrévocables et touchent aux intérêts les plus élevés de la famille et de la société dont il est la base, que pour lui conserver la pureté de son caractère, il faut que le consentement des époux qui s'unissent et des parents qui ont autorité sur eux soit libre, éclairé et, par conséquent, affranchi de toute influence étrangère intéressée à agir dans un but de lucre sur la détermination des uns et des autres ; que tout ce qui serait de nature à compromettre ou à altérer la moralité et la liberté du consentement est, par cela même, contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ».

Cette thèse fut abandonnée par un jugement du tribunal de Mons, du 29 mars 1873 (1), qui décida au contraire qu'il n'y a « rien d'illicite ou d'immoral à s'interposer entre deux personnes pour amener un mariage librement consenti, ni de se faire indemniser des dépenses faites et du temps perdu à ce travail. »

Un jugement du tribunal civil de Bruges, du 28 février 1898 (2), admet à son tour une théorie mixte d'après laquelle l'intervention salariée d'un entremetteur pour négocier un mariage, n'est pas illicite lorsqu'elle ne porte pas atteinte à la libre détermination des futurs époux, mais le devient lorsque les conditions stipulées sont onéreuses et nullement en rapport avec les services rendus et, dans l'espèce, se fonde sur ces considérations pour annuler le contrat conclu entre le courtier matrimonial et son client, trouvant qu'un pareil marché, contraire « à la nature

---

(1) Pasicricie belge, 1894. *Tribunaux*, p. 171.
(2) Pasicricie belge, 1898 *Tribunaux*, p. 229.

du mariage, qui est basé sur le libre choix et l'affection réciproque des époux, donne lieu alors à une entreprise dont la cupidité est le principal mobile ; que les manœuvres se multiplient autour de la personne qui en fait l'objet, et exposent celle-ci à se laisser arracher un consentement qui n'est point libre ; qu'en raison des dangers que ces manœuvres font courir à la sincérité du mariage, un engagement conclu dans de telles conditions est illicite et partant nul. »

Un jugement du tribunal de Nivelles, du 11 février 1902 (1) soutient de nouveau très nettement la pleine validité de ce contrat en quelques attendus qui méritent d'être signalés :

« Attendu, déclare-t-il, qu'on objecte à tort qu'un pareil courtage, en l'espèce, aurait une cause illicite, le mariage étant un contrat *sui generis* dans lequel la volonté des parties doit se manifester avec une liberté entière.

« Attendu que l'existence de cette volonté, libre dans le chef des parties, est requise pour tous les contrats, et que, si l'importance de cet élément doit se mesurer à celle du contrat à conclure, il n'y a là à coup sûr qu'une nuance du plus au moins, ce qui ne peut conduire, en saine logique, à faire considérer comme illicite, et condamnable pour le mariage, une intervention regardée comme licite quand il s'agit d'autres contrats.

« Attendu que les abus et inconvénients que peuvent entraîner semblable courtage intéressé peuvent se

---

(1) S. 1902. 4. 24.

produire, à des degrés divers, pour les autres contrats et non pour l'unique contrat de mariage.

« Attendu que cette éventualité, qui, en soi, ne rend pas illicite un contrat de courtage en matière ordinaire, ne peut, à la faveur de l'importance spéciale du contrat de mariage, et de la pure différence du plus au moins relevée plus haut, rendre illicite pour ce dernier ce qui ne l'est nullement pour les autres contrats. »

Ainsi, d'une façon générale, les tribunaux belges se montraient partisans de la validité du contrat de courtage matrimonial, mais cette question, soumise pour la première fois à la Cour de cassation le 16 mars 1905 (1), fut résolue par elle en sens contraire.

« Procurer un consentement au mariage, nous dit-elle, est une chose qui est hors du commerce comme ayant trait à l'état des personnes. Il n'est pas naturel et légal qu'un intermédiaire mette à prix la volonté d'une personne d'en épouser une autre, comme si la disposition de soi-même, de son avenir et de sa vie tout entière était pour elle un souci de même ordre que la disposition d'une partie de son avoir.

« Un traité qui met en jeu de pareils intérêts et le livre au hasard des intrigues et des ruses que la cupidité peut inspirer à celui qui doit en retirer le bénéfice, ou perdre son temps, ses soins et ses démarches en cas d'insuccès, ne peut être mis sur la même ligne qu'un contrat de courtage au sujet des choses qui sont dans le commerce ; en le validant, on viole l'article

---

(1) La loi 16-17 avril 1905 ; *Journal de droit intern. privé* 1905, p. 688 ; — *Pandectes* 1905, V, 27.

1128 du Code civil, et, par voie de conséquence, les articles 1131 et 1133 du même code.

SECTION III

SUISSE

Le Code fédéral suisse des obligations possède un article qui correspond à peu près exactement à notre article 1131 ; c'est l'article 17 qui est ainsi conçu :

« Un contrat ne peut avoir pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux bonnes mœurs. »

Les conventions qui ont pour objet l'une ou l'autre de ces catégories sont radicalement nulles. Le point de savoir si une chose est impossible, illicite ou immorale, constitue du reste une pure question de fait ; certaines sont cependant spécialement désignées par la loi : c'est ainsi que l'article 114 nous dit qu' « est nulle toute obligation tendant à libérer le débiteur de la responsabilité qu'il encourrait en cas de dol et de faute grave » et édicte également la nullité de nombreuses conventions (1) que nous n'avons pas à examiner ici, admettant néanmoins, dans l'article 75, qu'il n'y a pas lieu à répétition de ce qui a été donné en vue d'atteindre un but illicite ou immoral.

En dehors des cas indiqués par le Code, il faut apprécier si l'article 17 doit être appliqué, et c'est là une question de fait sur laquelle la jurisprudence à pleins pouvoirs : tantôt elle s'appuie sur ce texte pour

(1) V. en ce sens : art. 40 al. 2, 115, 148, 177, 181, 222, 237, 244, 333, 335, 467, 487, 512 et suiv., 539, 541.

annuler la convention qui lui est soumise, tantôt elle écarte son application pour en admettre la pleine validité. C'est ainsi qu'elle annule comme immorales : une convention par laquelle une personne s'engage à ne pas épouser telle ou telle personne ; la promesse faite contre paiement et au mépris de la bonne foi, de ne pas se porter adjudicataire dans une vente (*pactum de non licitando*) ; — et, au contraire, sur le point qui nous occupe spécialement, admet sans difficulté qu'une stipulation d'honoraires pour servir d'intermédiaire dans la conclusion d'un mariage, n'est pas contraire aux bonnes mœurs, à moins sans doute, que le caractère du mariage négocié ne soit lui-même immoral, qu'il ne constitue par exemple une simple opération financière, ou qu'on ait eu recours à des manœuvres illicites, tromperies, menaces, etc. : c'est ainsi qu'un jugement du tribunal de Zurich du 8 décembre 1888 (1) décide qu'est immoral le courtage matrimonial dans un mariage qui n'a eu en vue que des intérêts pécuniaires.

SECTION IV

ROUMANIE

La jurisprudence roumaine se montre, elle aussi, favorable à l'entremetteur de bonne foi, surtout quand il n'a commis aucune faute dans l'accomplissement de sa mission et qu'il a rendu des services réels aux futurs époux, qui, sans lui, auraient même pu

(1) Zeitschrifts für schweizerisches Recht N série t. VIII.

souvent ne pas se connaître. Le Code civil antérieur de la Moldavie déclarait cependant nulle toute convention par laquelle on stipulait un salaire pour la négociation d'un projet de mariage, et un ancien législateur de ce pays, Andromaki Donici n'autorisait les courtiers matrimoniaux à ne toucher qu'un prix mesuré pour la négociation de leurs démarches.

Mais cette théorie ne fut pas suivie par la suite, et le 19 janvier 1899 (1) la Cour de cassation roumaine, confirmant un jugement du tribunal civil de Bucarest, décidait que la profession de courtier matrimonial, bien que non prévue par la loi, n'étant pas illicite, celui qui a été chargé en cette qualité, de négocier un mariage, a droit à une rémunération en l'absence même de toute stipulation d'honoraires, à moins que la convention des parties n'ait stipulé la gratuité ; et lorsque, au contraire, la convention a fixé la rémunération, le courtier peut réclamer la somme convenue, sauf au juge à la réduire.

« Attendu, dit-elle, qu'il est inexact de croire que toute profession, pour pouvoir être exercée, ait besoin d'être prévue par une loi spéciale ; que la profession de courtier matrimonial, entrée en usage et dans les mœurs, ainsi que le constatent en fait les juges du fond, n'est pas une profession illicite. »

La cour de Bucarest avait, d'autre part, réduit de 2,000 à 1,000 francs la somme promise au courtier : la cour de cassation estima que c'était à bon droit qu'elle avait décidé ainsi et que, du reste, cette appréciation des juges du fond échappait à sa censure.

Le tribunal de Bucarest, dans un jugement du

(1) S. 1901. 4. 37.

10 septembre 1900, décide de même « que le seul fait d'un tiers d'intervenir ou de prêter son concours à la conclusion du mariage projeté, n'est pas en soi un acte immoral, vu la sollicitude du législateur pour encourager et faciliter les mariages ; que si l'entremetteur ou courtier a stipulé comme honoraires, une somme d'argent en échange des services promis ou rendus, cet acte n'a pas changé de caractère au point de vue moral ou matériel ; qu'en conséquence, la question de savoir si le courtier matrimonial a ou non une action pour réclamer ce qui lui est dû, dépend de la nature des moyens employés dans l'exercice de ses fonctions, considérés au point de vue moral, etc.... »

CHAPITRE II

Étude des législations défavorables à la validité du contrat de courtage matrimonial.

SECTION I

L'ALLEMAGNE

L'article 656 du nouveau code civil allemand est ainsi conçu :

« La promesse de récompense pour indiquer l'occasion de conclure un mariage ou pour servir d'intermédiaire dans la conclusion d'un mariage n'est pas obligatoire. Néanmoins, ce qui a été presté en exécution de cette promesse ne peut pas être répété pour le motif qu'il n'y a pas d'obligation. Ces dispositions s'appliquent également à la convention par laquelle la partie, dans le but de remplir son engagement, souscrit vis-à-vis du courtier une obligation, spécialement une reconnaissance de dette.

Le code civil allemand contient donc une disposition très nette contre la validité du contrat de courtage matrimonial, disposition qui est applicable, du reste, à toute convention en vertu de laquelle l'autre partie, en vue d'exécuter sa promesse, prend un enga-

gement envers le courtier, spécialement à toute reconnaissance de dette.

Etant donnée l'importance prise en Allemagne par cette question, qui a soulevé d'assez nombreuses polémiques, nous allons examiner spécialement : d'une part comment elle était résolue avant la promulgation du code civil, et, d'autre part, sous quelles influences a été voté l'article 656, comment il a été élaboré et quelle interprétation on doit lui donner.

§ 1. - Précédents judiciaires.

Avant l'unification de l'empire allemand, quelques codes particuliers de certains états édictaient déjà la nullité de la promesse destinée à rémunérer le proxénète.

C'est ainsi que le code civil saxon, dans l'article 1259, décidait : qu' « est nulle la promesse de salaire faite à un courtier pour les renseignements qu'il a fournis ou pour son intervention dans un mariage. »

Cependant la jurisprudence allemande, avant la promulgation du code civil, se prononçait en général en sens contraire et admettait la validité de ce contrat. Un jugement du tribunal régional supérieur de Cassel du 8 février 1881 (1) décide bien, il est vrai, que : « la convention par laquelle une personne s'engage à payer à un tiers une somme déterminée pour le cas où, à la suite des démarches de ce tiers, celui qui s'oblige contracterait mariage, ne constitue pas une simple promesse de paiement faite sous condition, mais bien un contrat garantissant une opération de

(1) *Journal de droit international privé*, 1882, p. 349.

courtage. Un tel contrat est nul et ne peut donner lieu à aucune action, dans l'étendue de l'ancien électorat de Hesse, aux termes de l'article 6 de l'ordonnance du 20 août 1800 et de deux arrêts du conseil privé du 29 mars et du 29 mai 1804, soit que l'entremetteur fasse ou non le métier d'agent matrimonial », mais ce jugement constitue, en quelque sorte, une exception, étant un des seuls qui se soit prononcé en ce sens, et encore a-t-il bien soin de distinguer le mandataire de l'entremetteur de profession, le mandataire qui se charge d'être l'intermédiaire dans un mariage et qui n'agit pas dans un but de spéculation pouvant très légitimement réclamer le remboursement des dépenses qu'il a faites et une indemnité pour le temps perdu et les soins donnés à l'affaire. Seul, le proxénète qui stipule un prix convenu d'avance et traite à forfait, ne peut réclamer aucune indemnité, car, d'une part, l'acte qui lui sert de titre et qu'on peut considérer comme constitutif, soit d'un mandat, soit d'un louage d'ouvrages, étant inexistant comme reposant sur une cause illicite, ne peut produire aucun effet ni lui assurer aucune action ; d'autre part, il ne saurait invoquer une prétendue gestion d'affaires, ni agir en vertu de ce quasi-contrat, puisqu'il existe un engagement formel qui exclut toute application des articles 1371 et suivants du code civil.

Mais la plupart des tribunaux allemands admettent la validité de la promesse de salaire faite au courtier, rattachant le plus souvent cette validité au § 35 de la Gewerbeordnung où se trouve signalée la profession d'agent matrimonial, et s'appuient en outre sur quelques considérations que nous allons indiquer très brièvement.

Une décision de l'Oberappelationsgericht de Dresde du 27 septembre 1860 (1), dit qu' « on ne peut pas soutenir que l'acceptation et la prestation de la promesse aient en soi quelque chose d'immoral ».

Le tribunal supérieur de Stuttgart le 29 mai 1858 (2) donnait des motifs plus précis en faveur de cette thèse : « sans doute, prétendait-il, il faut reconnaître que d'un point de vue moral élevé l'opération qui consiste à faire du mariage une affaire d'argent ne mérite pas d'être encouragée, et un esprit raffiné ne consentirait pas à rendre de tels services en échange d'argent. Mais, au point de vue des transactions juridiques (für den Rechtsverkehr), ces considérations trop raffinées doivent être mises de côté ; ce qu'il y a de décisif, ce sont les opinions dominantes, les mœurs du peuple. Que l'opinion dominante ne trouve rien de choquant dans le fait de mariages conclus par le moyen d'intermédiaires salariés, l'expérience journalière nous le montre, puisque cette intervention d'intermédiaires est de plus en plus fréquente et commence à apparaître comme un besoin ».

Le tribunal d'appel de Celle, déclare également le 13 novembre 1877 (3) : « Que quelqu'un s'entremette pour permettre à d'autres de conclure mariage, c'est-à-dire un contrat permis, cela n'a rien de répréhensible au point de vue moral, pourvu que pour atteindre ce but il n'use pas de moyens illicites, et ce n'est pas non plus une raison parce que dans ces sortes de mariages il y a une partie qui recherche

---

(1) *Annales de l'O. A. G. saxon* II n° 112, p. 540.
(2) *Seuffert* t. 13, n° 14.
(3) *Seuflert's Archiv.* t. 33. n° 125.

essentiellement un bénéfice pécuniaire, pour que le courtage matrimonial soit un acte immoral. »

L'Oberappellationsgericht de Lübeck se prononçait dans le même sens le 19 décembre 1859 (2) en donnant comme principale raison de la validité de ce contrat, que les intéressés gardent pleinement leur liberté.

Une décision du Reichsgericht, tribunal d'Empire, du 28 mai 1885 (2), admet également : « que dans le courtage tendant à la conclusion du mariage il n'y a rien de répréhensible moralement », et ajoute même « que la promesse de salaire ne peut pas devenir après coup un *pactum turpe*, par le fait que l'intermédiaire, pour atteindre son but, a usé de moyens illicites », alors que de droit commun, quand il y a dol du mandataire, le salaire ne serait pas dû, si bien que cette décision ne se contente pas d'admettre en principe la validité du courtage matrimonial mais apporte encore, en cas de dol, une exception en sa faveur. Le Reichsgericht admet du reste que le salaire du courtier ne constitue pas un équivalent de l'activité déployée par l'intermédiaire mais une récompense accordée en considération du résultat, indépendamment de l'importance des peines.

Le Reichsgericht, le 8 janvier 1892, a, il est vrai, déclaré nul ce courtage, mais seulement dans l'hypothèse où le salaire consiste en un tant pour cent sur la dot.

Dans les pays allemands de droit français la prati-

---

(2) *Seuffert*, t. 14, n° 124.

(2) Comp. Planck. *Urtteils und Annalen des Reichstgerichts* II p. 217.

que est bésitante et plusieurs décisions furent successivement rendues en sens contraire, mais cependant — et ceci est assez bizarre, la jurisprudence française étant, nous l'avons vu, nettement hostile au courtier — le plus souvent les tribunaux admettent également la validité de la promesse de salaire faite à l'agent matrimonial.

Le 1er mai 1878, l'Appellationssenat de Mannheim (1) a décidé de maintenir sa jurisprudence antérieure d'après laquelle les conventions de ce genre allant à l'encontre de l'essence du mariage et des bonnes mœurs n'engendrent pas d'action.

Dans une décision postérieure du 12 juin 1882 (2), l'Oberlandesgericht (3) de Carlsruhe déclare : « La Cour admet que la question n'est pas susceptible d'être tranchée d'après un principe général : sa solution dépend des espèces. »

L'espèce qu'elle avait à trancher était du reste particulièrement originale : le mandat n'avait pas pour premier objet le courtage matrimonial : il s'agissait de trouver un acheteur pour la maison (Herbeiführung eines kaüfers für das Geschaft), et, à titre accessoire, un fiancé pour la fille, un salaire unique étant convenu pour le tout.

Le 13 décembre 1895, malgré un article de Kohler paru dans l'intervalle demandant très nettement la nullité de pareilles conventions, article qui eut, nous le verrons, une grande influence sur la rédaction du Code civil sur ce point, la deuxième

(1) Zeitschrifts franzosische Civibrecht. X, p. 405.

(2) Zeitschrifts für franz-Civibrecht. 14, p. 385. 386.

(3) L'Oberlandesgericht est un tribunal superieur régional correspondant à nos cours d'appel.

chambre civile de l'Oberlandesgericht de Carlsruhe maintenait sa jurisprudence antérieure, disant qu'on peut avoir sur le mariage d'autres idées philosophiques que Kohler, ou, tout en admettant ses idées, en tirer d'autres conclusions. Ce qu'il importe de rechercher avant tout, déclare cette décision, c'est l'opinion qui ressort de la législation en vigueur. Or, le droit franco badois ne contient pas de disposition particulière sur le courtage matrimonial (1) : la question de savoir s'il viole les articles 1131 et 1133 du Code civil doit donc être résolue différemment selon les espèces En tous cas le courtage n'est pas prohibé par la loi, ce qui le prouve, c'est que les agences matrimoniales sont mentionnées par le § 35 (al. 3) de la Gewerbeordnung modifiée le 1er juillet 1883. Du reste, elles étaient parfaitement admises en droit romain. Or la définition du mariage donnée par les rédacteurs du Code civil : la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, etc..., ne diffère pas essentiellement des définitions romaines. De plus, s'il fallait admettre que le mariage ne comporte aucune suggestion, celle exercée par des parents et des amis serait alors plus grave que celle exercée par le courtier ; peu importe que le courtage soit gratuit ou salarié !

L'Oberlandesgericht de Cologne a, les 7 octobre (2) et 30 décembre 1885 (3), admis « que le salaire matrimonial était valablement promis, lorsque les moyens

---

(1) Sur des décisions badoises anciennes comp. Hinsheimer Zeitsch für franz. Civilrecht III p. 40.

(2) *Archiv. jur Civil und Kriminalrecht des Rheinprovinz* 76. 1. p. 69, 70.

(3)Zeitsch. für franz Civilrecht t. 17. p. 435.

employés par l'intermédiaire n'avaient rien d'illicite.»

Cependant une décision plus récente du tribunal supérieur de Cologne déclare au contraire, par application des articles 1131 et 1133 du Code civil français, le courtage nul comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, spécialement lorsque le paiement du salaire est subordonné à la conclusion du mariage. Il s'agissait du reste en l'espèce, d'un contrat de courtage qui ne tendait pas au mariage avec une personne déterminée, mais avec une personne quelconque (1).

Dans un jugement du 7 février 1872 (2), le tribunal de Cologne estimait même qu'il y a un courtage matrimonial caché dans le fait de promettre à quelqu'un une somme, non pas pour qu'il fasse réussir un mariage, mais pour qu'il ne s'oppose pas à un mariage.

Se prononcent également dans le sens de la nullité de ce contrat le Reichsgericht, le 7 janvier 1890 (3), d'après lequel le courtage matrimonial est quelque chose d'immoral lorsque le mariage est conclu uniquement en vue d'un intérêt pécuniaire et que cette circonstance est connue de l'intermédiaire.

---

(1) Rapporté par Scherer dans *Badische Annale*, t. 56. 1890. p. 30.

(2) *Zeit fur franz. Civilrecht*, t. IV, p. 260.

(3) *Juristiche Zeitschrift für Elsass Lottringen*, t. 15, p. 188-189.

§ 2. — Influence de Kohler sur la rédaction de l'article 656.

En somme, la jurisprudence allemande était, d'une façon générale, assez favorable au contrat de courtage matrimonial, et si l'article 656 du Code civil allemand le déclare nul, il est probable que c'est sous l'inspiration de Kohler qui, au nom de l'idéalisme, mena une campagne très violente contre lui ; aussi nous paraît-il intéressant d'examiner quelque peu les critiques qu'il a formulées à l'appui de sa thèse.

Kohler, dans un article paru en 1890 et intitulé « Die Ideale im Recht » (1), commence par indiquer quelques considérations philosophiques qui, selon lui, doivent gouverner le droit. L'idéal du droit, prétend-il tout d'abord, varie suivant les temps et les lieux : Il y a des peuples qui ont considéré le mariage d'un frère avec une sœur comme tout à fait digne d'éloges, le mariage avec un étranger ou un individu appartenant à une autre caste comme quelque chose d'abominable. Mais le droit doit se dégager de toutes ces idées et ne s'inquiéter que de l'idéal de la civilisation actuelle ; il ne doit pas seulement se préoccuper du bonheur des individus et de la somme de jouissance de tous, mais il a aussi à prendre soin de l'idéal de la civilisation, c'est-à-dire de ce qu'une époque déterminée considère comme un postulat moral, civil ou religieux, l'utilitarisme n'étant pas capable de four-

(1) *Archive für bürgerliches Recht*, t. V, 1898, p. 161 à 169 ; t. XII, 1897. *Zwölf Studien zünm bürgerlichen Rechte (II. des Ehemalsellohn*, pp. 316, 333 à 336).

nir le fondement du droit. Cela ne veut pas dire, du reste, ajoute-t-il, que le droit doive s'ériger en prédicature rigide (zum abstrakten sittenprediger wenden) ; il doit, au contraire, laisser à l'homme la joie de vivre (Lebensfreude), mais il y a cependant certains points sur lesquels il ne doit jamais transiger (paktiren), et il ne faudra, en aucun cas, quand même il s'agirait d'une opinion courante, qu'il accueille une idée qui heurte notre conception de la morale.

C'est ainsi qu'après ces belles considérations philosophiques, Kohler en arrive à condamner le courtage matrimonial. Tout d'abord, dit-il, le droit ne doit jamais reconnaître, dans la conclusion d'un mariage, un bénéfice pécuniaire (Vermogensvortheil), même si l'idée que le mariage est une affaire était entrée dans l'esprit du peuple, et on doit en conséquence restreindre dans d'étroites limites l'escroquerie au mariage.

Quant à la question de savoir si le courtier matrimonial peut réclamer en justice son salaire, on a invoqué en faveur de l'affirmative de nombreux motifs : que ce courtage était conforme aux besoins, qu'il a souvent pour résultat de très bons mariages, qu'on doit admettre les mariages de raison (Vernunftehen) aussi bien que les autres, qu'il n'est pas prouvé que les courtiers ne remplissent pas leur rôle consciencieusement, ni que le point de vue pécuniaire soit le seul considéré dans les mariages de cette sorte. Mais toutes ces considérations sont insuffisantes. La meilleure défense serait encore de montrer que chez beaucoup de peuples le courtage matrimonial a été pendant des siècles en usage et a joué souvent un grand rôle, mais cet argument historique lui-même ne serait pas

sans réplique car il s'agissait alors de peuples qui comprenaient autrement que nous l'idéal (nous revenons toujours avec Kohler à l'idéalisme pur). Du reste, chez beaucoup de peuples, cette objection capitale contre le courtage, qui, chez nous, se tire de cette considération prédominante du point de vue pécuniaire, n'existait pas, parce que les filles étaient exclues de la succession par les fils, ou que, s'il n'y avait pas de fils, leur droit de succéder était soumis à des règles particulières (ainsi en Chine et au Japon). De plus, ajoute-t-il, ce qu'il importe de remarquer, c'est que, chez nous, le mariage est indissoluble ou, du moins, très difficile à dissoudre ; or, d'autant plus solide est le lien matrimonial, d'autant plus il est nécessaire d'écarter tout élément qui empêcherait les futurs époux de juger de parti pris la situation devant dériver du mariage : c'est pourquoi la question est aujourd'hui toute différente de ce qu'elle était en droit romain classique.

Kohler énumère ensuite les deux reproches adressés au courtage au point de vue de la civilisation.

En premier lieu, dit-il, le courtier, de même que celui qui a recours à ses services, traite le mariage comme une affaire. Les considérations patrimoniales dominent tout ; on taxe la fiancée d'après sa dot, on calcule le salaire du courtier d'après elle, on en dresse des tables. Sans doute, ce n'est pas le courtage matrimonial qui a introduit cet état d'esprit et il y a, en dehors de lui, bien des chasseurs de dots et des mariages d'argent, mais, si le droit ne peut l'empêcher, il doit du moins refuser de prêter son appui à ces sentiments.

Aussi, à celui qui réclame un salaire de ce chef,

spécialement lorsque ce salaire consiste en un tant pour cent de la dot, le droit doit répondre que le courtage matrimonial, sans doute, n'est pas frappé de peines, qu'il répond même à une certaine conception vulgaire de la vie, mais qu'il n'en constitue pas moins une opération qui exclut du mariage les penchants du cœur, en fait l'objet de calculs égoïstes et qu'il n'est pas digne de sa protection.

Bref, le courtage matrimonial est contraire à l'essence et à la dignité du mariage, de même qu'il serait indigne qu'une personne se fît promettre de l'argent pour amener un tiers à se convertir, à supposer du moins que le salaire ne fût promis que pour le cas de réussite. N'admettrait-on pas, du reste, sans difficulté la nullité d'un contrat par lequel une personne promettrait une certaine somme pour qu'on poussât son conjoint à divorcer avec elle (dans les pays qui admettent le divorce par consentement mutuel), ou pour engager une partie à faire un testament dans tel ou tel sens, de même que serait nulle la promesse faite à l'avocat d'une somme d'argent pour le cas seulement où il gagnerait son procès ?

Kohler déclare qu'en second lieu le courtage matrimonial est contraire à l'idéal du mariage et, sur ce terrain qui lui est familier, il se lance à perte de vue dans des considérations plus ou moins idéalistes : l'idéal du mariage, dit-il, exige que ce soient certaines impressions personnelles ressenties par les futurs conjoints en présence l'un de l'autre, qui les ait conduit à s'unir. Sans doute, le droit ne peut pas empêcher que des tiers exercent une influence à cet égard sur les époux, mais il ne doit pas accorder sa sanction à une institution qui repose sur la suggestion en

déclarant valables des contrats de suggestion (suggestions vertrage) et en les munissant d'action. Il faut distinguer soigneusement les émotions intellectuelles des intentions égoïstes : un individu qui cherche à gagner de l'argent ne peut pas se mettre à la place de celui qui cherche à réaliser son idéal.

Scherer, dans ses « Badische annalen (1) », ayant développé cette idée que les Allemands se faisaient une conception utititaire (nüchtenn) du droit, et les Français une conception romantique (romanhaft), Kohler s'élève avec force contre cette idée : que la vie, dit-il, ait aussi son côté matériel, personne ne songe à le nier, mais c'est bien à nous, le peuple des penseurs et des poètes, qu'il appartient de sauvegarder cette idée, que le mariage est une association idéale : que ce soit pratique ou non, c'est toujours un grand avantage « de maintenir bien haut le drapeau de l'idéalisme », sinon le droit laisserait diminuer cette valeur idéale du mariage, et cela aurait une influence d'autant plus désastreuse sur l'esprit du peuple que la jurisprudence trouverait dans l'opinion populaire plus d'écho (2).

Aussi le droit ne doit-il pas sanctionner ces contrats

---

(1) T. 56, p. 46.

(2) On a objecté, ajoute Kohler, que les mariages conclus par l'intermédiaire du courtier réussissent souvent fort bien et que les mariages dits de raison sont fréquemment heureux. On pourrait aussi bien objecter, qu'en Chine, la plupart des mariages donnent naissance à des unions heureuses, quoique les intéressés se voient pour la première fois le jour de leur mariage. Quand bien même cent bons mariages en sortiraient, il reste toujours cette considération essentielle qu'il y a atteinte à l'idéal du mariage qui n'est plus bâti sur un penchant profond du cœur.

de suggestion, contrats qu'il n'arrivera, du reste, pas à éliminer, pas plus que le refus d'action pour dettes de jeu n'a éliminé le jeu. Sans doute, ces idées morales n'existent pas toujours et varient selon les classes de la société, mais le juge doit partir d'un point de vue élevé et ne pas oublier « qu'il est monté sur le trône de la justice. »

Kohler ajoute, en outre, un argument assez inattendu à l'appui de sa thèse en disant que ce contrat exagère d'une façon démesurée l'importance du capital et que le droit ne peut pas admettre que le riche fils de paysan, parce qu'il ne peut payer des « suggestions lentes » enlève à un brave homme pauvre sa fiancée, et que celui qui peut payer capture les filles à héritage.

Bref, ce contrat, qui sert en quelque sorte à l'achat d'une femme, ne peut plus être supporté que chez les peuples des colonies, et même chez ceux-ci, du reste, les idées modernes commencent à pénétrer ; et Kohler de nous citer une décision plutôt originale de la haute cour du Criqueland occidental dans l'affaire Makonto contre M. Dabantiulu : un noir avait acheté une femme à son père moyennant vingt têtes de bétail ; il en avait payé seize. Lorsqu'il voulut aller chercher la fiancée, elle avait déjà un autre époux qui avait payé son prix d'achat ; la femme avait, du reste, quitté son nouvel époux sans qu'on sût ce qu'elle était devenue. Le noir réclama son bétail, mais sa prétention fut repoussée sous prétexte que le contrat était immoral et que : in pari delicto potior est causa possidentis (1).

Aussi Kohler critique-t-il vivement les décisions de

(1) *Caplaw Journal*, X, p. 155.

jurisprudence favorables au contrat de courtage matrimonial, et il est infiniment probable que c'est lui qui détermina les rédacteurs du code civil allemand à abandonner cette jurisprudence, dans l'article 656, article dont nous allons voir d'abord l'élaboration, avant d'examiner l'interprétation qui doit en être donnée.

§ 3. — Élaboration de l'article 656.

D'après l'article 138 du Code civil allemand : « Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs est nul », disposition vague et arbitraire, susceptible de plus ou moins d'extension, et qui, comme notre article 1133, permet de respecter ou au contraire d'annuler un acte, selon que la jurisprudence le considère ou non comme contraire aux mœurs. Du reste, d'une façon générale, en ce qui touche la liberté du mariage et la constitution de la famille, l'opinion de la jurisprudence allemande correspond à peu près exactement à celle de la jurisprudence française. Mais il y avait un point particulièrement discuté : celui de savoir si les promesses faites en faveur de personnes qui s'étaient entremises pour la conclusion d'un mariage, — surtout en cas de courtage en quelque sorte professionnel —, devaient être considérées comme valables ou annulées comme contraires aux bonnes mœurs. Nous avons vu que la jurisprudence, basée sur le droit commun, distinguait les espèces et semblait décider que le fait de se faire promettre une certaine somme dans le but de faire conclure un mariage, n'avait rien d'intrinsèquemment immoral et qu'il fallait annuler les contrats de ce genre seule-

ment quand ils arrivaient à porter atteinte à la liberté du mariage ou aboutissaient à de véritables dissimulations. L'état de l'opinion sur ce point semblait être parfaitement en harmonie avec cette solution transactionnelle et tout porte à croire qu'on s'y serait rallié s'il n'était intervenu un article spécial à ce sujet. Le premier projet du Code civil semblait bien, lui aussi, être favorable à cette idée puisqu'il gardait le silence sur la question, laissant au juge le soin de décider si telle ou telle promesse de ce genre enfreignait les bonnes mœurs et les dispositions d'ordre public. Mais on dut considérer que les agences matrimoniales prenaient trop d'extension, que les procès qui résultaient des contrats passés avec elles aboutissaient souvent à des scandales, que ces marchés conclus dans le but de déterminer un mariage étaient, ainsi que le disait Kohler, contraires à la dignité du mariage, et, sous l'influence de toutes ces idées — principalement de celles de Kohler qui semble avoir eu sur ce changement d'opinion une influence prédominante et dont le Reichstag-commission reproduit en grande partie les idées —, ou annula le courtage matrimonial.

Toujours est-il que ce fut seulement la commission du Reichstag qui introduisit l'article 656, annulant dans tous les cas sans restrictions ni réserves la promesse d'un salaire faite à un courtier matrimonial à l'occasion de la réalisation d'un mariage. Après avoir formulé à l'appui de sa thèse un certain nombre de considérations le plus souvent idéalistes — les Allemands se font décidément du droit une conception moins utilitaire que ne le prétend Scherer, de même du reste que la jurisprudence française n'abuse pas,

semble-t-il, de conceptions juridiques particulièrement romantiques, — le Bericht des Reichstag-commission (p. 53) s'appuie même sur l'opinion publique et prétend que : « la grande majorité des gens considèrent certainement le fait d'accepter et de donner un salaire à l'occasion du courtage matrimonial comme immoral ou du moins choquant, et regarderaient comme une injure grave de leur adresser semblable proposition », ajoutant que les procès de ce genre ont toutes sortes de conséquences fâcheuses : il convenait donc d'exclure aussi bien l'action en répétition que l'action en paiement.

En réalité l'opinion était plutôt contraire à cette thèse et la jurisprudence se prononçait dans un tout autre sens, mais il nous semble que sur ce point le législateur a voulu, tout en donnant le change à l'opinion et en paraissant se ranger à son avis, la réformer au contraire et faire son éducation en s'opposant à la validité de certains actes admis par elle et qu'il estime, comme en l'espèce le courtage matrimonial, contraires à l'idéal de la moralité sociale.

§ 4. — **Interprétation de l'article 656.**

Nous examinerons à l'occasion de cet article deux points spéciaux, le premier ne présentant guère qu'un intérêt théorique, le deuxième au contraire un intérêt pratique. Nous rechercherons en premier lieu si l'article 656 doit être considéré comme une application de l'article 138, ou si au contraire il doit être envisagé comme reposant sur des idées très différentes ; en second lieu quel est son contenu et son application

exacte, les auteurs étant en désaccord sur ce point.

Nous avons vu que, même au cours des travaux de la seconde commission, la question de la validité du courtage matrimonial n'avait pas été spécialement débattue. Dans la commission du Reichstag au contraire, on propose de l'interdire par une disposition spéciale : contre cette proposition il fut observé par les representants du gouvernement que, sans doute, la promesse d'un salaire pour la conclusion d'un mariage pouvait être immorale dans certains cas, mais non dans tous, ce qui résultait de l'usage de ces contrats dans les régions habitées par les paysans et aussi dans d'autres régions de l'Empire. La commission n'a du reste pas considéré cet usage comme de nature à déterminer la décision du législateur.

Sur l'appréciation de cette question il y a deux points de vue différents : d'un côté le courtage matrimonial doit être considéré comme immoral, mais, de l'autre, les procès qui en découlent doivent être supprimés à cause du scandale qui peut en résulter. Aussi l'article 656 affirme-t-il d'une part que la promesse de récompense faite au courtier est nulle, mais d'autre part refuse la répétition de ce qui a été payé, alors que si on reconnaissait jusqu'au bout le caractère immoral, l'action en répétition serait admise. En réalité il semble résulter des travaux préparatoires (1) que la commission, en proposant l'article 656, cherchait moins à punir l'immoralité de l'acte que d'empêcher les procès scandaleux qui auraient pu troubler la paix des familles.

La pensée que le courtage matrimonial est immo-

(1) V. Haidlen, *Burgerliches Gesetsbuch*.

ral n'a du reste pas reçu d'expression dans la rédaction de la loi, de même que le jeu et le pari, d'après l'article 762 (1), ne fondent aucun engagement, alors que certainement cet article ne repose pas sur ce que le jeu et le pari sont immoraux. L'on a donc toute liberté pour apprécier si l'on doit considérer la disposition de l'article 656 comme une conséquence de l'article 138, c'est-à-dire comme portant atteinte aux bonnes mœurs, mais dont l'action en répétition serait refusée sur le fondement de la règle : in pari causa turpitudinis cssat repetitio, consacrée par l'article 817 § 2 qui, conformément aux principes traditionnels, exclut la restitution lorsque les deux parties sont également coupables d'intentions contraires aux lois et aux bonnes mœurs (2) ; ou si au contraire, on se trouve en présence d'une obligation valable mais dénuée de sanction, c'est-à-dire d'une sorte d'obligation naturelle comme le jeu et le pari. Le Code, en

---

(1) Article 762 : Le jeu et le pari ne fondent aucun engagement. Ce qui a été presté pour cause de jeu ou de paris ne peut être répété sur ce fondement qu'aucun engagement n'aurait pris naissance. Ces dispositions sont également applicables à toute convention par laquelle la partie perdante, dans le but d'exécuter une dette de jeu ou de pari, contracte un engagement envers la partie gagnante, spécialement à toute reconnaissance de dette.

(2) Article 817 : Lorsque le but d'une prestation était établi de telle sorte que le bénéficiaire, par son acceptation, se soit mis en contravention avec une défense légale ou avec les bonnes mœurs, le bénéficiaire est obligé à restitution. La restitution est exclue lorsqu'une pareille contravention tombe d'une façon identique à la charge de l'auteur de la prestation à moins que la prestation ne consistât à contracter un engagement ; la prestation fournie par l'exécution d'un pareil engagement ne peut être répétée.

effet, dans certains articles, dénie l'action en répétition au cas de prestation faite au dehors de toute obligation subsistante, par exemple malgré la prescription acquise (art. 222), en cas de courtage matrimonial (art. 656), de jeu ou de pari (art. 762), de dotation d'un enfant par ses père et mère. Le premier projet s'en tenait volontairement à ces hypothèses concrètes et s'était refusé à fonder une règle générale susceptible de former une théorie de l'obligation naturelle. Après une vive discussion, le deuxième projet revint sur cette résolution et décida d'introduire dans l'article 814 la formule finale qui dénie la répétition dans tous les cas où la prestation se trouve correspondre à une obligation morale ou à un motif de convenance (1).

Du reste, que l'on admette ou non que l'article 656 repose sur l'article 138, cela ne changera pas grand chose au résultat positif visé par lui ; car, y verrait-on même une application de l'article 138, qu'on ne serait pas pour autant autorisé à permettre sans autre preuve, l'action en répétition sur le fondement de l'article 817 puisque l'article 656 exclut d'une façon formelle la répétition.

L'on pourrait cependant, d'après Saleilles, se poser la question à un autre point de vue et se demander si, en formulant l'article 656, on a voulu viser l'article 138 en ce sens que, dans ces sortes de promesses, on n'ait voulu permettre que la forme d'application

---

(1) Article 814 : La prestation effectuée dans le but d'exécuter un engagement ne peut pas être répétée, si l'auteur de la prestation a su qu'il n'y était pas obligé, ou si la prestation répondait à un devoir moral ou à un motif de convenance.

de l'article 138 : il y aurait eu ainsi une sorte de présomption légale en vertu de laquelle toute entremise de ce genre serait sans autre preuve taxée d'immoralité mais ne donnant lieu, à raison de cette présomption elle-même, qu'à une demi-nullité, sans qu'on fût autorisé en aucune façon à faire la preuve de circonstances particulières permettant d'édicter une nullité complète par l'application intégrale de l'article 138. D'autre part, on pourrait croire au contraire que l'article 656 n'eût pas entendu viser l'application de l'article 138, en ce sens qu'il eût considéré le courtage matrimonial comme n'étant pas en lui-même nul et contraire aux bonnes mœurs, mais comme un acte qui, en raison de circonstances particulières, ne devrait pas être sanctionné en justice, tout en réservant d'ailleurs l'application de l'article 138 en cas de manœuvres particulièrement immorales ; la solution dépendrait dès lors des procédés employés (1).

D'après les motifs indiqués par la commission du Reichstag (2), il semble bien que ce que l'on a considéré comme étant en soi un acte contraire aux bonnes mœurs, ce n'est pas le fait d'offrir après coup, à titre de reconnaissance ou de souvenir, une certaine rémunération à celui qui s'est entremis dans la conclusion d'un mariage, rémunération constituant une sorte d'honoraires laissés suivant les cas à la libre appréciation des intéressés, mais bien un véritable contrat, de nature exclusivement pécuniaire, devant donner à celui au profit duquel il est passé l'espoir

---

(1) Cf. sur tous ces points Planck, sous § 656. 3. II, p. 399, 400 et Hachenburg p. 56, 57.

(2) *Bericht des Reichstagcommission* p. 53.

d'un gain à réaliser. Aussi la répétition n'est-elle pas admise lorsqu'il s'agit d'une simple clause de convenance, n'ayant pas eu le caractère d'un acte juridique à proprement parler et se traduisant par une prestation d'honoraires dont l'exécution a été librement fournie. Mais, d'après Saleilles (1), s'il résultait des manœuvres employées une atteinte à la liberté des parties ou à la dignité du mariage, il faudrait y voir une sorte de convention aggravée par rapport à l'article 656 qui tomberait alors complètement sous l'application de l'article 138 et à l'égard de laquelle la répétition serait admise sur le fondement de l'article 817. Ce point de vue nous semble d'ailleurs inexact, l'article 656 ne distinguant pas suivant les cas.

Quoiqu'il en soit sur ce point indiqué par Saleilles, les auteurs sont assez divisés sur cette question du fondement de l'article 656. Tandis que Kohler fonde l'absence de *condictio* sur cette considération que la *turpitudo* serait réciproque, Brütt au contraire, dans un ouvrage tout récent (2), dit qu'on ne doit pas considérer le courtage matrimonial comme contraire aux bonnes mœurs et que l'article 656 al. 2, en excluant la *condictio indebiti*, reconnaît par là même au profit du courtier l'existence d'une obligation naturelle née du courtage ; il donne à l'appui de sa thèse un argument assez convaincant, à savoir que la même formule se retrouve, mot pour mot, dans l'article 762 à propos du jeu et du pari où on ne peut cependant certainement parler d'une atteinte aux bonnes mœurs. De plus, nous l'avons vu, l'article 656 semble avoir

---

(1) Saleilles : *De la déclaration de volonté* : article 138.
(2) Brutt : *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin 1907.

été suggéré moins par l'immoralité du courtage matrimonial que par crainte des procès scandaleux qui pourraient en résulter, et je crois qu'il faut ici admettre l'existence d'une sorte d'obligation naturelle, obligation qui a été reconnue par la seconde commission du Code civil dans l'article 814, et abandonner l'idée de l'article 138 en le condamnant comme contraire aux bonnes mœurs. D'ailleurs le Reischsgericht (tribunal d'Empire) a dans ses décisions (t. 45, p. 177, 152), en refusant d'admettre l'application rétroactive de l'article 656, reconnu que la promesse d'un salaire à raison du courtage matrimonial n'est pas contraire aux bonnes mœurs : « En ce qui concerne le courtier matrimonial, nous dit Brütt, à qui le Code civil allemand dénie toute action, on dépasserait le but, si, avec Kohler, on voulait flétrir le courtage matrimonial comme contraire aux bonnes mœurs. Car, s'il faut reconnaître que par certains côtés il prête à critique, spécialement parce qu'il peut donner lieu à une certaine suggestion, on ne doit pas d'un autre côté oublier qu'il peut avoir des résultats fort utiles, si bien qu'au point de vue téléologique, on ne peut pas le condamner ainsi sans façon et qu'en tous cas il ne mérite pas le reproche d'être contraire aux bonnes mœurs.

Quant au fait de savoir dans quelles limites il faut restreindre l'article 656 et quelle doit être son application exacte, les auteurs sont en désaccord : ainsi, tandis que certains affirment la validité de l'obligation assumée de payer des annonces faites dans les journaux ou des frais déboursés pour informations, sous prétexte qu'à cet égard il faudrait appliquer l'alinéa 2 de l'article 138, relatif à la nullité de la seule

promesse d'une rémunération trop élevée, extorquée par une personne qui profite de l'inexpérience ou de la légèreté de son contractant; d'autres, avec Kohler et Planck, prétendent que l'article 656 doit s'appliquer, quelque soit le mode de rémunération du courtage, et qu'une personne ayant inséré une annonce dans son journal ne pourra pas se la faire payer. Kohler, du reste, étend encore beaucoup plus loin les effets de cette nullité et, d'après lui, elle atteindrait même celui qui, moyennant salaire, « donnerait aux messieurs et aux dames des occasions *tendancieuses* de se rencontrer », de même que serait nul le contrat conclu avec la gouvernante ou la dame de compagnie pour qu'elle machine une ou plusieurs rencontres avec sa protégée et joue plus ou moins du « Galeotto » (!), et, à plus forte raison, un pareil contrat conclu, moyennant salaire, avec les parents. De plus, d'après lui, le contrat de courtage serait, en vertu de l'article 656, entièrement nul, et il serait impossible de réclamer une indemnité au courtier qui n'exécute pas son obligation. S'il la remplissait mal, on ne pourrait exercer contre lui d'action qu'en vertu des dispositions sur la faute délictuelle, et l'on devra exclure, dans tous les cas, l'action en répétition sauf quand la prestation aurait été faite par un incapable ou obtenue par violence; c'est peut-être, nous semble-t-il, donner une interprétation quelque peu extensive à l'article 656, alors surtout que, d'une façon générale, la doctrine et la jurisprudence, depuis la promulgation du Code civil, sont plus restrictives et considèrent, par exemple, comme valable l'obligation de rémunérer l'intermédiaire lorsque c'est indirectement que la rémunération tire sa raison

d'être du mariage conclu (1). Quant aux annonces matrimoniales qui s'étalent à la quatrième page des journaux, Lottmar (2) affirme que si la convention stipulée avec le courtier est contraire à la morale, sera également immoral le contrat relatif à l'insertion d'annonces, et, cependant, tout en déplorant avec Hollzendorf « que les journaux qui combattent chaque jour en faveur de l'honnêteté politique, acceptent, moyennant finances, une pareille catégorie d'annonces », il nous semble qu'on ne peut pas considérer en règle générale comme juridiquement illicite le contrat relatif à l'insertion d'un avis dans lequel une personne fait connaître son désir de contracter mariage.

La règle fournie par l'article 656 est quelque peu obscure et c'est ce qui explique toutes ces controverses sur son fondement et son étendue d'application.

Au fond elle signifie : 1° Que toute promesse de salaire faite au proxénète n'engendre aucune obligation, fût-elle passée sous la forme abstraite. Lorsque le courtier matrimonial, dès la conclusion du contrat, se sera fait consentir une promesse abstraite, tout se passera comme s'il naissait une obligation immédiate, quoi qu'en réalité elle soit conditionnelle au paiement du salaire du courtier et on applique alors la disposition contenue dans la deuxième phrase de l'article 656.

---

(1) Une curieuse application de cette idée a été faite dans la décision de l'Oberlandesgericht de Carlsruhe, rapportée dans le *Deutsche Juristen Zeitung*, 1905, p. 1144 (Il s'agissait, en l'espèce, d'une affaire que le courtier avait pu procurer en faisant contracter un mariage).

(2) *Der immoralische Vertrag insbesondere nach gemeinem Recht*. Leipzig, 1896, p. 75.

2° Que la prestation effectuée en vue d'une promesse de ce genre n'est pas susceptible de répétition et que, lorsque pour exécuter la promesse, on contracte une nouvelle obligation, par exemple par reconnaissance de dette ou lettre de change, l'obligation doit être regardée comme nulle, nullité qui, d'après Planck, a lieu *ipso jure* sans qu'il soit besoin de recourir à la justice. A l'appui de sa thèse, Planck tire un argument d'analogie des dispositions relatives au jeu et au pari. Pour eux, dit-il, la question est réglée de la même façon : la promesse ou la reconnaissance de dette faite à ce sujet ne devait tout d'abord pas être inefficace, *ipso jure*, le débiteur devant refuser l'exécution de l'obligation ou demander sa libération ; mais la deuxième commission a abandonné ce point de vue et a donné à l'article 762 sa rédaction actuelle, d'après laquelle la promesse ou la reconnaissance de dette donnée en vertu d'une dette de jeu ou de pari est inefficace, au même titre que la dette de jeu ou de pari elle-même. Or, l'article 656 doit être entendu dans le même sens : la reconnaissance de dette visée à l'alinéa 2 doit être traitée comme le contrat visé à l'alinéa 1 : elle ne peut servir de fondement à une action, mais ce qui a été prêté en vertu de cette reconnaissance de dette ne peut être répété en se basant sur ce que le contrat n'était pas valable.

SECTION II

L'AUTRICHE

Comme le code civil allemand, le code civil autrichien consacre un article spécial au courtage matrimonial et nous dit dans l'article 879 que : « sont inexistants (ungiltig) les contrats suivants : 1° Quand quelque chose est presté pour la conclusion d'un mariage.... »

Nous allons voir en quelques mots quels sont, d'une part, les motifs sur lesquels se fonde la loi pour annuler ce contrat, et si, d'autre part, ce qui a été payé volontairement à cette occasion peut être répété, le code civil autrichien, contrairement au code civil allemand, ne spécifiant rien sur ce point.

Le motif pour lequel la loi annule ce contrat est que dans la conclusion d'un mariage on doit préserver, avant toute chose, la liberté du consentement.

Au contraire, pour les relations qui ont été facilitées entre les futurs époux et pour les bons offices procurés à l'occasion de leurs conventions matrimoniales, un salaire est valablement stipulé et exigé lorsqu'il n'est pas subordonné à la condition du succès du mariage. Enfin, le simple remboursement des dépenses faites à l'occasion des démarches n'est pas compris dans la prohibition, pas plus que la promesse d'un salaire qui est faite au courtier seulement après la conclusion du mariage.

Dans les questions de droit rapportées dans le *Journal des juristes* (1) se trouve le rejet de la demande

(1) Année 1881, n° 13.

d'un courtier matrimonial en paiement d'une somme de 300 florins, pour récompense de son habileté, contre une femme qu'il avait effectivement réussi à marier, rejet basé sur l'article 879. De même, d'après un jugement du 25 février 1891, la promesse d'une gratification faite librement pour le cas où un mariage se conclurait est inexistante, mais l'engagement du fiancé de fournir des aliments à la mère de sa fiancée en cas de conclusion du mariage ne tombe pas sous le coup de l'article 879.

La question de savoir si le salaire, qui n'a pas été subordonné expressément aux négociations pour la conclusion d'un mariage, mais qui a été payé volontairement, peut être répété, est résolue négativement par Zeiller dans son commentaire (1) à propos de l'article 1174 du code civil autrichien (2).

Mais Nippel (3) remarque cependant que la conclusion d'un mariage n'est ni un acte impossible, ni un acte illicite, et que, par conséquent, l'article 1174 est inapplicable. Maurice von Stubenrauch remarque en outre dans son commentaire du code civil autrichien qu'il semble bien que l'inexistence prononcée par l'article 879 entraîne nécessairement le droit à la répétition de ce qui est fourni en vertu de ce contrat, autrement il ne serait pas inexistant, mais seulement privé d'action. En outre, il est à remarquer que,

---

(1) T. III, p. 48.

(2) Article 1174 du Code civil autrichien : Ce que quelqu'un a donné en connaissance de cause pour l'accomplissement d'un acte impossible ou illicite ne peut pas être répété. Mais si quelque chose a été donné pour empêcher un acte illicite à celui qui voulait accomplir cet acte, il y a lieu à répétition.

(3) T. VI, p. 74.

d'après le § 109 à l'introduction à la loi matrimoniale pour les catholiques, toute promesse d'indemnité qui devait produire effet en cas de rupture de fiançailles est non seulement défendue, mais inexistante. Le code de Joseph II (ancien code du XVIII^e^ siècle, abrogé actuellement en Autriche) décidait à ce sujet, dans le § 40 de sa III^e^ partie, que ce qui avait été donné au courtier, aussi bien avant qu'après le mariage, pouvait être répété pendant une année, et défendait de conclure des contrats de ce genre aussi bien au cas où le salaire était stipulé en cas de réussite du mariage que dans le cas contraire.

Unger (1), au contraire, déclare cependant que, comme dans l'article 656 du code civil allemand, il faudrait admettre en Autriche que le contrat qui a été payé ne peut pas être répété, mais en ne se fondant pas toutefois, comme le code civil allemand, sur l'existence d'une obligation naturelle.

SECTION III

L'ANGLETERRE

Lehr, dans ses *Éléments de Droit civil anglais*, constate que les engagements qui tendent à restreindre la liberté de se marier sont considérés comme contraires au bien public et à la prospérité de la nation, et frappés de nullité à ce titre. Tels seraient : l'engagement de n'épouser que l'autre partie sous

(1) Zur revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch Zeitschrift für das Privat und öffenteiche Recht de Grünhut, 1904, p. 394.

peine d'indemnité, la promesse de mariage n'étant pas réciproque et ne constituant qu'une entrave à la liberté de celui dont elle émane ; — les contrats faits en vue d'une séparation éventuelle des conjoints et tendant, par là même, à les porter à ne pas remplir des devoirs à l'accomplissement desquels la société est intéressée ; — les contrats de courtage en matière matrimoniale qui ne laissent pas aux parties la liberté de leur choix. Or, la condition essentielle du mariage étant que les parties y aient librement consenti, il est de règle, en équité, que tout contrat tendant à rémunérer les entreprises de mariage (mariage brocage) est radicalement nul. En Angleterre, la doctrine et la jurisprudence sont d'ailleurs, d'une façon générale, d'accord pour admettre la nullité des « mariages brokage contracts » et le droit d'équité anglais est depuis longtemps fixé dans ce sens. C'est ainsi que Wertheim (1) déclare que tous les contrats d'entremise matrimoniale sont nuls comme comme contraires à l'ordre public (public policy) et même que les provisions déjà payées doivent être répétées.

De même pour Tudor (2) : tous les contrats ou conventions destinées à amener la conclusion des mariages sont entièrements nuls, d'après le principe que tout contrat doit être libre et ouvert, tandis que les « mariage brokage contracts » tendent nécessairement à pousser une partie au mariage ou à amener ses parents ou ses amis à prendre de l'influence sur elle ; ils sont réprouvés non seulement à raison du

---

(1) Wörterbuch. Berlin 1899, v° : Mariage brocage.

(2) Tudor : *Selection of leading cases in equity witte notes*, London, 1886, 2, p. 208.

dommage causé aux parties, mais en même temps sur un fondement d'ordre public. Et, à l'appui de sa thèse, Tudor renvoie aux décisions Roberts contre Roberts, Heap c. Marris, Chesterfield c. Janssen, Hall c. Thynne, dans lesquelles il est dit que les mariages doivent être créés par l'intervention d'amis ou de relations propres aux parties et non d'agents d'affaires (1). Pollock, dans s s *Principes of contracts* (2), se rallie également à ces idées et indique qu'en Angleterre les contrats de ce genre sont traités non seulement comme des contrats sans « considération » (mot qui est à peu près synonyme de la cause en droit français), mais comme contrat avec « illegal consideration », et une promesse de salaire de ce genre même « under-seal » (c'est-à-dire écrite; littéralement : sous le sceau) est nulle.

Nous avons vu que les auteurs précédents renvoient à un certain nombre de décisions de jurisprudence : nous nous contenterons de rapporter l'une des plus récentes, émanée de la Haute Cour de justice, toutes donnant, d'ailleurs, des motifs analogues à l'appui de leur thèse.

Le 18 novembre 1904, celle-ci déclarait « illicite le contrat par lequel un individu s'engage, moyennant une commission, à faire conclure un mariage déterminé ; licite, au contraire, la convention par laquelle il s'engagerait, dans les mêmes conditions d'intérêt pécuniaire, à présenter au choix un certain nombre de partis matrimoniaux ».

Voici l'hypothèse sur laquelle elle statuait : Dans le

---

(1) Tudor : *Selection*, t. II, p. 200-209.

(2) P. 323 et ss.

courant du mois de septembre 1903, à la suite d'annonces publiées dans le *Matrimonial Post*, journal dont le titre indique suffisamment la nature, la demanderesse s'était mise en rapport avec le directeur du journal qui s'était engagé à lui présenter différents partis en vue d'un mariage, et avait touché une somme de 52 livres, dont 5 livres acquises à tout événement pour soins et démarches, et le surplus sous la condition d'un mariage à intervenir dans les neuf mois. Le traité avait été suivi de présentations, d'entrevues, de correspondances et d'échanges de photographies, mais, en janvier 1904, la demanderesse, ayant désespéré d'obtenir un résultat, assigna le directeur du *Matrimonial Post* en remboursement de la somme de 52 livres, comme versée sans cause en exécution d'un contrat de courtage matrimonial (mariage brokage) de caractère illicite.

Elle obtint gain de cause devant le juge Woodfall, siégeant à la Cour du comté de Westminster, qui décida que le contrat était bien un contrat d'entremise matrimoniale, contraire aux bonnes mœurs par son caractère même ; que, d'autre part, la demanderesse l'ayant rompu avant toute exécution, il n'y avait pas lieu de considérer les parties comme étant *in pari delicto* pour refuser l'action en répétition.

Sur appel interjeté de ce jugement, les mêmes arguments furent produits devant la Haute Cour en faveur de la demanderesse. L'appelant fit soutenir qu'on ne pouvait apprécier le caractère du contrat qu'au moyen d'une distinction ; il est immoral et dangereux de promettre à quelqu'un de lui procurer, moyennant rémunération, un conjoint déterminé ; si on se réfère aux précédents, on voit que dans toutes les hypothè-

ses où un contrat de courtage matrimonial a été annulé, il s'agissait d'un engagement de ce genre pris par un tuteur ou toute autre personne ayant une grande autorité sur les futurs époux, engagement aboutissant à une sorte d'enlèvement, à quelque chose de fort semblable à la livraison d'un esclave (a sort of Kidnappring into a stateof conjugal servitude), alors que, dans l'espèce soumise à la Cour, il ne s'agissait pas d'un cas de ce genre, mais, au contraire, d'une promesse de présentation laissant toute liberté aux parties. Subsidiairement, et à supposer le contrat illégal, la demanderesse et le défendeur étaient *in pari delicto*, puisqu'en fait on pouvait constater des actes d'exécution de la convention à la charge de l'une aussi bien que de l'autre : il y avait donc lieu de laisser les choses en l'état.

La Cour, suivant un jugement lu par le juge Kennedy, fit droit à l'appel, en admettant la distinction proposée entre le contrat tendant à la présentation à fins matrimoniales d'une personne déterminée et le contrat tendant à présentation d'une façon générale.

SECTION IV

LES ÉTATS-UNIS

La jurisprudence des Etats-Unis est à peu près semblable à la jurisprudence anglaise et décide, en général, se basant sur des considérations analogues, que le courtage matrimonial est illicite et que le courtier n'a droit à aucune rémunération (1).

---

(1) Voir, entre autres, Fédéral decisions, VIII, § 552.

Nous ne citerons, à titre d'exemple, qu'un arrêt de la Cour d'appel du Kentucky. du 20 septembre 1883, rendu dans un cas assez original : Un certain Georges Hunt avait emprunté, le 1er janvier 1877, à son grand-père, Thomas Johnson, la somme de 5,000 dollars, pour laquelle il souscrivait un billet payable en trois ans, avec 8 % d'intérêts. Johnson étant mort, ses héritiers introduisirent une action pour se faire payer ledit billet. Hunt oppose à cette demande que son grand-père étant veuf et désirant contracter un nouveau mariage avait offert à celui de ses parents qui l'aiderait à trouver une femme la somme de 10,000 dollars; que les parents, à l'exception de lui, Hunt, s'étant opposés à l'idée d'un second mariage, Johnson, en considération des services que lui avait rendus Hunt pour l'aider à trouver une femme, lui avait fait remise de la dette des 5,000 dollars. Hunt ajoutait que ces services étaient les suivants : son grand-père était âgé de 77 ans, incapable d'écrire; il avait écrit les lettres pour lui à une jeune femme, les avait remises et avait usé de toute son influence pour faire réussir le mariage.

Hunt obtint gain de cause en première instance, mais les héritiers Johnson ayant fait appel, la Cour d'appel du Kentucky décida, au contraire, « qu'en admettant qu'il y eût un contrat, dans l'espèce, ce contrat était un courtage matrimonial, que l'intervention d'un tiers pour amener la conclusion d'un mariage, intervention rémunérée, soit en argent, soit d'une autre manière, a toujours été déclarée ne produire aucun effet juridique; que de pareils contrats produisent des unions malheureuses et n'ont jamais été reconnus par la loi ».

TROISIÈME PARTIE

DISCUSSION DOGMATIQUE

Avant d'entrer dans la discussion de la validité du contrat de courtage matrimonial qui va nous occuper maintenant, nous avons tenu à faire une étude de droit comparé, de façon à pouvoir aborder cette discussion en toute connaissance de cause, après avoir vu, d'une part, l'historique de cette question et, d'autre part, comment les différents Etats l'avaient résolue.

Ce double examen, nous l'avons vu, a été, d'une façon générale, peu favorable au courtage matrimonial ; en France aussi bien qu'à l'Etranger, la doctrine et la jurisprudence — et même la loi, dans certains pays — se montrent le plus souvent hostiles à son égard et le déclarent illicite.

Mais il nous semble qu'en agissant ainsi on s'est peut-être un peu trop préoccupé du point de vue sentimental pour délaisser quelque peu le point de vue juridique. Sur ce terrain, il nous paraît en effet bien difficile de justifier la nullité des obligations souscrites au profit des entremetteurs de mariage : nous allons tâcher de le démontrer en faisant, dans une première partie, la critique des arguments fournis par la juris-

prudence à l'appui de sa thèse, à savoir la cause illicite du courtage et le caractère sacré du mariage. Dans une deuxième partie, nous verrons, en essayant également de les réfuter, les raisons qui, en dehors de celles données précédemment, ont pu indisposer l'opinion et influencer également la jurisprudence : c'est d'abord la défaveur dont jouissent les courtiers en général, défaveur qui s'accentue encore lorsqu'il s'agit des courtiers matrimoniaux ; en outre, principalement sous le régime de la communauté légale, la femme paie, en somme, le salaire promis par le futur mari à celui qui a fait conclure son mariage. Après avoir essayé de réfuter cette seconde catégorie d'arguments, et nous être ainsi nettement prononcé en faveur de la validité du courtage matrimonial, nous aborderons, dans une troisième partie, quelques questions accessoires, en particulier celle de savoir si l'entremetteur de mariage fait acte de commerce et si on peut le considérer comme un agent d'affaires.

TITRE PREMIER

Principales raisons données par la jurisprudence et la doctrine à l'encontre du courtage matrimonial. Essai de réfutation.

CHAPITRE PREMIER

L'objet du contrat de courtage matrimonial est hors du commerce.

Avant d'aborder les deux arguments que donnent, d'une façon à peu près unanime, les arrêts et les auteurs qui ne sont pas partisans de la validité du courtage matrimonial, c'est-à-dire la cause illicite de ce contrat et son essence contraire au caractère sacré du mariage, nous allons examiner un argument accessoire, beaucoup moins important, qu'on a invoqué en faveur de la théorie de la Cour de cassation et que celle-ci, du reste, ne s'est pas approprié : c'est que, « dans les contrats ordinaires, c'est la chose qui est l'objet direct ; en matière de mariage, au contraire, c'est la personne : aussi on ne peut se marier par mandataire. On considère alors que le tiers a spé-

culé sur une chose ou à l'occasion d'une chose hors du commerce (1). »

Le mariage est en effet bien évidemment l'union de deux personnes et n'a pas pour objet, d'une façon directe tout au moins, des choses susceptibles d'évaluation pécuniaire, mais ceci est absolument indifférent à notre question. L'erreur commise repose sur une équivoque, équivoque contre laquelle nous nous élèverons souvent au cours de cette thèse : c'est que, si la convention est intervenue à l'occasion du mariage, du moins elle n'a pas pour objet de conclure le mariage lui-même, mais uniquement de faciliter des pourparlers établis dans ce but. Si nous recherchons en quoi consiste l'obligation du courtier, nous voyons que c'est uniquement une obligation de faire dont le seul objectif est de mettre son client en rapport avec une autre personne et de lui donner sur elle tous les renseignements nécessaires, de façon à le mettre en mesure de contracter mariage, mais le courtier ne le contracte pas lui-même. Ainsi que le dit M. Wahl (2) : « C'est confondre l'objet du courtage avec l'objet du « mariage que de le considérer comme ayant pour « objet la personne ou comme ayant un objet hors du « commerce. »

La mission du courtier consiste donc à rendre des services à son client, services se traduisant sous la forme de démarches, visites, correspondance, etc. Son obligation a, en somme, un objet semblable à celui de la clause de porte-fort dont la validité est reconnue par le Code civil. (Art. 1120.)

---

(1) V. Bastia 2 avril 1849. 2. 338.

(2) Wahl. *Revue trimestrielle de droit civil.* 1904. p. 471.

Ce qu'il promet, c'est son fait personnel, et non de procurer le consentement de quelqu'un à un mariage. Or, pourquoi la rémunération d'un service serait-elle plus illicite à l'occasion d'un mariage qu'à l'occasion de la justice, de la santé ? Il est bien évident que celles-ci ne sont pas dans le commerce, et pourtant jamais on n'a songé à invalider le contrat conclu entre l'avocat et le plaideur, entre le médecin et le malade. Pourquoi n'en serait-il pas ainsi pour le contrat conclu entre le courtier matrimonial et son client ?

Cependant, pour bien montrer que c'est la personne qui est l'objet direct en matière de mariage, on dit qu'on ne peut se marier par mandataire, c'est ce que décide un arrêt de la cour de Bastia du 2 avril 1849, et ce qui résulte d'ailleurs du code civil lui-même (bien que quelques auteurs l'aient contesté, entre autres Merlin (1) et Toullier (2).

L'article 36 au titre des actes de l'état-civil porte en effet que « dans le cas où les parties intéressées ne seront point obligées de comparaître en personne, elles pourront se faire représenter par un fondé de pouvoir spécial et authentique. » Cet article suppose donc qu'il y a des cas où les parties sont obligées de comparaître en personne, et il semble évidemment logique que la célébration du mariage rentre parmi eux. C'est ainsi encore que l'art. 75 du code civil prescrit au maire de lire aux parties le chapitre VI du titre du mariage, lecture qui ne serait qu'une vaine formalité si elle était faite non aux époux eux-mêmes, mais

---

(1) Merlin. *Répertoire*, v° mariage, section 4, § 1er, art. 1er, quest. 4.

(2) Toullier. *Droit civil*, tome I, n° 74.

à ceux qui les représentent. Ce même article exige encore que l'officier de l'état-civil « reçoive de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme, etc. », toutes ces prescriptions devant, d'après l'article 74 du code civil, être remplies dans la maison commune.

Ce sont là les conditions essentielles d'un contrat, qui apparait comme plus solennel que les autres. la garantie et la preuve du libre consentement qui doit présider au mariage, consentement dont il ne serait pas suffisant d'établir l'existence à un moment donné avant le mariage, mais qui doit avoir persisté et s'être manifesté jusqu'au dernier moment, chacun des époux pouvant auparavant le rétracter. Or, cette garantie de l'entière liberté des époux jusqu'à la dernière minute ne peut être obtenue qu'autant qu'ils assistent, en personne, à la célébration du mariage.

C'est donc bien, nous dit-on, la personne qui est l'objet direct du contrat, et, dès lors, le courtier matrimonial a spéculé à l'occasion d'une chose hors du commerce.

Mais on ne peut tirer un argument d'analogie du fait précédent : le mariage par l'intermédiaire d'un courtier ne peut, en aucune façon, être rapproché du mariage par mandataire. Tout d'abord, l'officier de l'état-civil interrogera les époux comme le lui prescrit la loi, et s'assurera ainsi de leur entière liberté au moment même de la conclusion du contrat, que le mariage ait ou non été préparé par un entremetteur. De plus, tandis que le mandataire représentait directement celui qui lui a donné son mandat, le courtier, lui, ne représente en aucune façon son client qui reste absolument libre d'agir à sa guise. Il y a, en effet,

entre le mandataire et le courtier, une différence essentielle : tous deux représentent autrui, mais le courtier, par sa seule qualité, apprend au public qu'il se borne à faire un rapprochement entre les parties et à porter leurs propositions respectives ; ses actes n'obligent pas, et si ses offres sont agréées, il n'est pour rien dans l'affaire conclue, et ce sont les parties qui, de leur propre gré, ont négocié ensemble, si bien que le courtier ne peut être rendu responsable. Le mandataire, au contraire, quoique stipulant pour un mandant, a cependant une certaine responsabilité envers ce mandant et même envers les tiers lorsqu'il ne fait pas connaître ses pouvoirs, de sorte qu'il est, en apparence du moins, le véritable intéressé ; en réalité, il agit pour son mandant qui se trouve lié par ses actes. En somme, le courtier prèpare seulement l'acte, tandis que le mandataire l'exécute.

Aussi ne peut-on tirer contre le courtier aucun argument d'analogie du fait que l'on ne peut se marier par mandataire la prohibition du mariage par procuration a uniquement pour but de faire constater à l'officier de l'état-civil la pleine liberté des époux au moment même de la conclusion du contrat. Or, dans le courtage matrimonial, cette liberté subsiste entière, le courtier ne pouvant pas forcer son client à contracter mariage, tandis qu'on pourrait concevoir que l'influence des parents sur leurs enfants fût assez grande pour leur en faire contracter un qui ne leur agrée pas : si on désignait alors un mandataire pour répondre à la place du conjoint ainsi contraint, il pourrait le faire contrairement à la volonté de celui-ci.

CHAPITRE II

Le courtage matrimonial a une Cause illicite.

Le grand argument de la jurisprudence à l'encontre du contrat de courtage matrimonial consiste à dire qu'il a une cause illicite, étant contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public, et de nature à altérer le consentement des époux, qui sera dès lors déterminé par l'intervention d'un tiers. Aussi doit-il, d'après elle, tomber sous l'application de l'article 1131 : « L'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet », et de l'article 1133 : « La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public. »

C'est de ce point de vue juridique que partent tous les arrêts — et ils sont nombreux, nous l'avons vu dans notre première partie — qui condamnent le courtage matrimonial : c'est donc sur ce terrain que nous devons tout d'abord nous placer.

Or, malgré l'autorité qui doit s'attacher à une jurisprudence à peu près constante de plus d'un demi-siècle, il nous semble bien difficile de suivre celle-ci sur ce point pour plusieurs raisons que nous allons examiner en détail, étant donnée l'importance de cette question, qui constitue en somme le seul argument

juridique que la jurisprudence invoque à l'appui de sa thèse. En premier lieu, elle semble bien, ici, tomber une fois de plus dans l'erreur qu'elle a si souvent commise en confondant la cause avec les motifs. Nous essaierons, à ce sujet, de justifier la théorie de la doctrine qui en établit nettement la distinction, et nous examinerons brièvement les cas dans lesquels la jurisprudence n'a pas su éviter cette fâcheuse confusion.

En second lieu — et ici nous formulons une critique beaucoup plus générale que la précédente — la jurisprudence ne semble pas avoir d'idée bien arrêtée sur cette question si controversée de la cause dans les obligations, et, dans les nombreux arrêts qui existent sur ce point, il semble absolument impossible de retrouver une idée d'ensemble.

SECTION I

CRITIQUE GÉNÉRALE DE LA JURISPRUDENCE SUR LA NOTION DE CAUSE. CONFUSION ENTRE LA CAUSE ET LES MOTIFS

§ 1. — Justification de la distinction faite à ce sujet par la doctrine.

Nous verrons que la jurisprudence, en condamnant le courtage matrimonial sur le terrain de la cause, a, une fois de plus, confondu la cause et les motifs d'un contrat. Mais, avant d'indiquer les confusions fréquentes faites à ce sujet par la jurisprudence dans de nombreux contrats et, en particulier, dans le contrat

de courtage matrimonial, il nous faut préalablement établir et justifier la distinction très nette faite par la doctrine entre la cause et les motifs, en d'autres termes entre la cause finale de l'obligation et la cause impulsive. D'après elle, on ne doit tenir compte que de la première, sans s'occuper de la deuxième. Un contrat qui a une cause légale est valable, quel que soit le motif du contrat, motif qui est sans influence sur sa formation et sa validité ; peu importe qu'il soit sérieux ou frivole, licite ou illicite : on ne doit en aucune façon s'en préoccuper.

Cette distinction, enseignée par toute la doctrine, entre autres par MM. Aubry et Rau, Colmet de Santerre, Marcadé, Laurent, Baudry, Lacantinerie, Demolombe, Larombière, etc., est du reste classique, et nous nous garderons d'y insister, tant l'erreur de la jurisprudence semble manifeste sur ce point.

Il est certain, en effet, que lorsque l'article 1131 du Code civil annule l'obligation reposant sur une cause illicite, cet article n'a en vue que la cause finale de l'obligation et ne s'occupe nullement du motif, de la cause impulsive.

Nombreuses sont, du reste, les différences qui les caractérisent.

A l'opposé de la cause, le motif consiste dans un fait indépendant du contrat ; enfin, il varie ou peut varier non seulement avec chaque espèce de contrat, mais encore avec chaque contrat de la même espèce. Aussi, lorsque deux personnes contractent dans des conditions identiques, la cause est toujours la même, tandis que le motif peut au contraire varier à l'infini. Dans la vente d'une maison, par exemple, l'acheteur contracte l'obligation de payer le prix. Quelle en est la

cause ? C'est d'obtenir la maison. Quant au motif, ce sera tantôt pour l'habiter, tantôt pour la louer et s'assurer ainsi un placement de fonds, etc., etc. Ainsi que le remarque M. Bufnoir (1), cette distinction est fort importante et est loin d'avoir un intérêt uniquement théorique : l'erreur sur la cause met en effet obstacle à la conclusion du contrat, et si, dans l'exemple précédent de la vente d'une maison, nous supposons la maison brûlée au moment de la vente, la vente est nulle, l'obligation de l'acheteur manquant d'objet, tandis qu'au contraire une simple erreur sur le motif laisserait le contrat absolument intact.

Or, la cause est, d'après le Code civil, un élément essentiel de l'obligation, et, en vertu de l'article 1131, l'obligation sans cause, sur une fausse cause, ou sur une cause immorale est nulle, tandis qu'au contraire on ne doit en aucune faon s'occuper du motif qui a porté une partie à contracter. C'est là une distinction qui est fondée à la fois sur l'histoire, sur les textes et sur la raison.

Les travaux préparatoires nous montrent qu'il n'y a eu, au moment du vote des articles 1131 et 1133 du Code civil, ni rapports, ni discussions, et que, par conséquent, on n'a rien voulu innover sur ce point, qu'on s'en est rapporté aux précédents. Or, Domat, dans ses *Lois civiles* (2), suppose cette distinction, et Pothier, dans son *Traité des obligations* (3), l'établit très nettement après avoir déclaré que le contrat est nul « lorsque la cause pour laquelle l'enga-

(1) *Propriété et contrats*, p. 530.
(2) L. 1, t. I, art. 1er, nos 4-6.
(3) Ed. Bugnet, t. II, p. 24, nos 42-43.

gement a été contracté est une cause qui blesse la justice, la bonne foi et les bonnes mœurs, » il nous dit qu'au contraire l'erreur sur le motif ne saurait l'annuler, même si la partie qui s'est trompée a fait part à l'autre partie du motif qui la portait à contracter.

Quant aux textes du Code civil, s'ils sont en général assez peu explicites, il semble néanmoins certain que l'article 1132, par exemple, lorsqu'il indique que « la convention n'est pas moins valable bien que la cause n'en soit pas exprimée » établit bien notre distinction, car la loi n'a pas pu juger nécessaire de dire qu'on peut taire les motifs de l'obligation, ceux-ci n'étant jamais exprimés. De même, lorsque l'article 1131 emploie à plusieurs reprises le mot cause, il ne peut lui donner un sens différent et, si l'on annule un contrat pour motifs illicites, il faudra alors également l'annuler pour faux motifs dans les exemples classiques cités par Pothier et Larombière où l'on aurait acheté des chevaux sur faux avis de la mort de ceux que l'on possédait ou une maison dans une ville où l'on croyait à tort que l'on allait être nommé fonctionnaire, si bien que l'on arriverait à des résultats vraiment exorbitants !

Au reste, au point de vue rationnel, il paraît bien difficile de penser que le législateur ait voulu faire de ces choses essentiellement variables et presque toujours secrètes que sont les motifs un élément essentiel de l'obligation. Laisser les juges annuler un contrat pour motifs illicites, sous prétexte de cause illicite, ce serait, en effet, laisser libre cours à l'arbitraire le plus complet : si, par exemple, un prêt pouvait être annulé parce que l'emprunteur voulait en faire un mauvais

usage, une vente de maison parce que l'acheteur voulait la transformer en un mauvais lieu, on tomberait alors dans des difficultés pratiques insurmontables, on en arriverait à un odieux système d'inquisition et la vie sociale deviendrait impossible. Le juge ne doit s'occuper que du contenu juridique d'un acte, il ne peut ni ne doit sonder les consciences des parties pour savoir les motifs qui les ont fait agir et, sous prétexte d'immoralité ou d'ordre public, annuler des contrats valablement conclus, sinon il n'y aurait plus de sécurité possible : un acte régulièrement fait pourrait toujours être annulé pour un soi-disant motif illicite, et le crédit en matière de relations économiques serait ainsi gravement compromis.

§ 2. — Critique de la confusion faite par la Jurisprudence.

C'est ce que la jurisprudence n'a pas compris, et si elle a annulé comme fondées sur une cause illicite quelques conventions réellement illicites dans leur cause, telles que les contre-lettres en matière d'offices ministériels et la mise en société de ces offices, il est certain que très souvent elle annule de ce chef des conventions dont les motifs seuls semblent illicites.

Nous allons voir, en effet, que la jurisprudence est tombée dans cette fâcheuse confusion en annulant non seulement le contrat de courtage matrimonial, mais encore bien d'autres contrats, tant à titre gratuit qu'à titre onéreux, comme fondés sur une cause illicite.

ARTICLE 1er. — *En particulier au sujet du courtage matrimonial.*

Quel est donc, en effet, le rôle joué par un entremetteur dans la conclusion d'un mariage ? Il indique les convenances, les relations de famille, les conditions de fortune, etc. ; il fait des démarches, souvent même des voyages pour se procurer les renseignements nécessaires ou en contrôler l'exactitude ; il s'ingénie à faire naître des rapports et des occasions de rapprochement entre les futurs époux. Or, en quoi tout cela est-il donc susceptible de blesser l'ordre public et les bonnes mœurs ? Sans doute, si l'on analyse la convention et que l'on cherche le but immédiat que se propose d'atteindre celui qui souscrit une obligation au profit d'un courtier matrimonial, il est bien évident que c'est de contracter mariage par les soins de ce courtier, qui n'est autre chose qu'un locator opererum et s'engage, moyennant une certaine rétribution, à faire tout son possible pour arriver à la célébration du mariage projeté par son client, en indiquant les avantages de l'union, les relations de famille, les conditions de fortune, en procurant les informations nécessaires, en cherchant à amener des entrevues entre les deux personnes qu'il désire marier et leurs parents.

Le but immédiat de celui qui a souscrit une obligation au profit du courtier matrimonial est donc bien évidemment d'arriver à se marier, et ce courtier s'engagera à lui en faciliter les moyens, mais l'objet de son obligation consiste dans les courses, les impenses en vue du mariage. Il est vrai que celles-ci ont pour

but d'obtenir le consentement de l'une des parties, mais ce n'est là que le but indirect, éloigné, « la causa remota », le simple motif de la convention. En réalité, la véritable cause de l'obligation du courtier est la somme qui lui a été promise, et la véritable cause de l'obligation de son client est constituée par les services rendus ou promis qui n'ont, en eux-mêmes, rien d'intrinsèquement immoral. En quoi, en effet, les mœurs et l'ordre public sont-ils blessés si les bons offices d'un intermédiaire rapprochent deux familles après les avoir éclairées par d'utiles renseignements sur tout ce qu'elles ont intérêt à savoir ?

Aussi M. Pierre Girard-Ribaud, qui cependant est un des rares auteurs qui se montre partisan de la confusion faite par la jurisprudence entre la cause et les motifs, constate cependant, dans un article de la *Revue Générale de Droit* (1), que celle-ci a fait parfois une interprétation abusive des termes assez vagues « contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public » et qu'elle a eu quelquefois tort d'annuler des contrats comme fondés sur une cause illicite, et, spécialement en ce qui nous concerne, il déclare que la jurisprudence est allée un peu loin et n'aurait pas dû mettre à néant les obligations consenties aux entremetteurs de mariage, comme en témoignent de nombreuses décisions, et qu'elle aurait dû se souvenir de l'adage romain : *Proœnetica jure licito petuntur*.

---

(1) Année 1905, p. 147.

Article 2. — *En général dans les autres contrats.*

Il nous semble que cette première partie de notre argumentation prendra plus de force encore si nous pouvons démontrer que la jurisprudence a ainsi confondu la cause et les motifs non seulement dans le contrat de courtage matrimonial, mais encore dans bien d'autres contrats, tant à titre gratuit qu'à titre onéreux.

1°. — Dans les contrats a titre gratuit

En matière de libéralités, trois séries distinctes d'arrêts relatifs aux donations faites aux enfants illégitimes, aux concubins, et aux libéralités faites sous une condition impossible, immorale ou illicite, condamnent ces contrats comme ayant une cause illicite.

Ainsi la jurisprudence reconnaît la nécessité d'une cause dans les donations et semble arriver à cette solution par suite d'un raisonnement très simple : l'article 1108 met la cause au nombre des éléments essentiels des contrats ; or, la donation est un contrat, donc la cause constitue un élément essentiel de la donation. Du moment où l'on applique à la donation toutes les règles exigées par les contrats sur le consentement, l'objet, la capacité..., pourquoi ne pas lui appliquer également la théorie de la cause, alors qu'aucun texte ne justifierait cette exception?

Mais il n'est pas difficile de se convaincre que les donations que la jurisprudence condamne comme ayant une cause illicite ne peuvent pas avoir de cause à proprement parler. Quelle peut donc être, en effet,

la cause d'une donation? L'intention libérale, *l'animus donandi*, répondent presque tous les auteurs classiques, causalistes convaincus, mais c'est là une pure tautologie : autant dire que la volonté de s'obliger n'a pas d'autre cause qu'elle-même et l'on arrive ainsi à une notion fausse et inintelligible.

Aussi, quand la jurisprudence condamne les contrats précédents comme fondés sur une cause illicite, il est facile de voir qu'il ne s'agit, en réalité, que des motifs, des causes impulsives.

Quant aux libéralités faites à des enfants illégitimes par testament olographe duquel il résulterait que la libéralité a eu pour cause unique de la part du testateur la conviction que le légataire était son enfant naturel, la jurisprudence décide que ces libéralités doivent être annulées pour ce qui excède la portion que la loi permet aux père et mère naturels de donner à leurs enfants, « à raison du vice qui infecte la cause » (1). Mais, en réalité, ce qui est illicite, ce n'est pas l'intention libérale en soi, mais les raisons de la donation qui, d'après la jurisprudence, sont de tourner la loi en permettant à son auteur de donner plus que la quotité disponible. Cette idée est du reste critiquable, car s'il est possible que le disposant ait eu pour but de violer la loi, cela ne résulte pas nécessairement de son acte et pourra fort bien être inexact ; on ne doit, en tout cas, pas le présumer, car la fraude ne se présume pas. De même, la jurisprudence a considéré à tort qu'une libéralité faite en indiquant dans l'acte la qualité de fils adultérin et incestueux donne forcément à la cause un caractère

(1) Pau. Arrêt du 11 août 1866. S. 1866. 2. 168.

illicite ; ici encore, ce n'est pas la cause qui est illicite, mais les motifs de la donation qui ont été de tourner la loi qui défend de donner ou de léguer aux enfants adultérins ou incestueux autre chose que des aliments.

Il en est de même de la théorie jurisprudentielle de la cause impulsive et déterminante (1) qui répute non seulement non écrite, d'après l'article 900, mais complètement nulle comme « contraire à la loi et aux bonnes mœurs » et tombant sous le coup de l'article 1131 la libéralité faite sous une condition impossible, immorale ou illicite, s'il ressort clairement des circonstances que la prétendue condition dont la libéralité a été affectée a été, en réalité, le motif déterminant de la donation, sa cause véritable. Il est certain que si ces libéralités sont annulées par la jurisprudence, ce n'est pas parce que l'intention libérale prise en soi est illicite, mais c'est parce que la condition a été la cause impulsive de la libéralité. Or, en admettant même qu'il pût y avoir une cause juridique dans les donations, la condition dont une donation est affectée ne saurait jamais être qu'un motif et non la véritable cause juridique de cette donation.

(1) Deux décisions, en particulier, donnent de l'article 900 une interprétation fort importante : il résulte de la combinaison de l'arrêt de la Cour de cassation, du 3 juin 1863 (S. 1864. 1. 269), et de l'arrêt de la même cour, du 7 juillet 1868 (S. 1868. 1. 435), qu'une condition illicite dans une libéralité doit être réputée non écrite seulement quand elle est accessoire ; mais qu'elle doit entraîner la chute de la libéralité quand elle a été la cause impulsive et déterminante, l'article 900 reposant sur une interprétation de volonté du disposant. Ce dernier est présumé n'avoir pas voulu subordonner la libéralité au maintien de la condition illicite. Mais si le contraire est démontré, la disposition est nulle.

Aucune disposition n'ayant fait revivre l'article 132 de l'ordonnance de 1629, qui frappait de nullité les donations entre concubins, la jurisprudence y remédia en condamnant certaines de ces donations sur le terrain de la cause, cette notion quelque peu élastique lui permettant d'annuler tous les contrats qui lui déplaisent quand un texte précis du Code ne permet pas de le faire. La jurisprudence, ici encore, apprécie surtout l'acte en fait et le maintient ou l'invalide selon qu'il lui semble ou non reposer sur des motifs illicites : les tribunaux considèrent ces prétendues donations comme de véritables contrats à titre onéreux contenant, d'une part, l'obligation de payer une somme d'argent, de l'autre, l'engagement de former de nouvelles relations ou d'en renouer d'anciennes. Elle valide habituellement les contrats guidés uniquement par une pensée libérale et qui ne peuvent être considérés comme un pacte immoral, s'arrogeant du reste souverainement le pouvoir de constater si, en fait, l'acte constitue un acte à titre gratuit ou à titre onéreux. D'une façon générale, bien qu'il soit difficile d'indiquer une règle fixe à cet égard, les obligations souscrites au cours des relations illicites pour en amener la formation ou la continuation seront annulées (1); au contraire, les obligations souscrites une fois les relations terminées seront en général validées,

---

(1) Cas. req., 23 juin 1887. D. 1889. 1. 35.
Dijon, 3 déc, 1894. D. 1895. 2. 237.
Cas. req., 4 janv. 1897. S. 1898. 2. 309.
Cass. civ., 21 mars 1898. S. 1898. 1. 513, avec une note d'Appert.
Dijon, 29 mars 1900. D. 1901. 2. 45.
Paris, 1er août 1903. Gaz. Pal. 5 déc. 1903...

car le plus souvent elles auront pour but de réparer un préjudice ou de satisfaire à un devoir de conscience.

Il est inutile pour nous d'entrer dans de plus amples détails au sujet des contrats à titre gratuit ; qu'il nous suffise de constater que dans ces contrats il est impossible de parler d'une cause qui en réalité n'existe pas et que quand la jurisprudence condamne ces contrats sur le terrain de la cause elle confond celle-ci avec les motifs.

Mais nous irons plus loin dans notre critique de la jurisprudence sur ce point : pour nous, il est impossible d'annuler aussi bien les contrats à titre gratuit que les contrats à titre onéreux, en se basant sur les motifs qui ont poussé les parties à contracter. Comment donc, en effet, le juge pourrait-il être un assez profond psychologue pour sonder ainsi le cœur humain alors que le donateur lui-même peut ne pas savoir le motif qui l'a poussé, et que dans bien des cas il lui sera impossible de dire par quelles considérations il a été guidé, les motifs qui peuvent inspirer l'auteur d'une libéralité étant d'une multiplicité insaisissable : « Nous flottons, comme le dit M. Labbé en un style quelque peu pompeux, sur la mer infinie des mobiles de la volonté humaine. »

C'est ainsi que Sénèque analysait finement dans son traité « de béneficiis » les motifs possibles d'une donation : « Celui-ci, disait-il, donne par charité, pour secourir une misère, pour secourir une infortune ; celui-là pour se procurer le plaisir de faire un heureux ; un troisième pour s'attacher quelqu'un par la reconnaissance ; un quatrième pour récompenser quelqu'un des services qu'il a reçus ; un autre pour

satisfaire un devoir de conscience, un sentiment de délicatesse, d'honneur, de respect humain : un autre est poussé par la vanité, par l'ambition de se faire une réputation de richesse et de générosité ; un autre obéit à une arrière-pensée intéressée et espère que sa libéralité déterminera le donataire à lui accorder à lui-même de plus grands avantages, faisant ainsi du doux commerce des bienfaits l'instrument de l'égoïsme et de la cupidité... »

Cet énoncé subtil suffit à nous prouver que si, avec la jurisprudence, nous nous occupons des motifs pour annuler un acte, nous sommes en dehors de ses éléments juridiques, car la loi, pas plus dans les contrats à titre gratuit que dans les contrats à titre onéreux, n'a voulu tenir compte de ces motifs individuels et quelquefois insaisissables.

L'article 1131 ne permet pas en effet de donner une double définition du mot cause, et il est impossible d'admettre que celle-ci présente des caractères absolument différents selon qu'il s'agit de donations ou d'autres contrats : alors que dans les contrats à titre onéreux, la cause est le but immédiat que les parties se sont proposé, qu'elle est identique dans toutes les conventions de même nom, qu'elle est nécessairement connue de l'un et de l'autre contractants, comment pourrait-on admettre qu'elle ait dans les contrats à titre gratuit des caractères absolument opposés et puisse se confondre avec les motifs ? Bien au contraire, le législateur, ayant édicté l'irrévocabilité des donations, devait éviter tout particulièrement d'annuler cet acte pour motifs illicites, sinon ce principe aurait vraiment risqué de subir trop d'atteintes, étant donnée la multiplicité infinie des motifs possibles d'une donation.

Ainsi, l'on ne peut, d'après nous, s'appuyer pour annuler les donations précédentes sur une prétendue cause illicite qui ne saurait exister dans ces contrats, et l'on peut également fort bien se passer sur ce point des constructions hasardées par la jurisprudence annulant pour cause illicite des libéralités dont le motif seul est illicite (1), car on trouve par ailleurs, nous semble-t-il, des considérations suffisantes pour annuler ces libéralités, sans avoir besoin de recourir à une prétendue cause ou à des motifs illicites.

C'est ainsi qu'au sujet des donations faites par un père à son fils adultérin ou incestueux, lorsqu'il résulte des termes mêmes de la donation que le donateur ne l'a consentie que parce qu'il considérait le donataire comme son enfant adultérin, l'acte est nul comme constituant une fraude contre l'article 762, la fraude à la loi étant caractérisée par une manœuvre par laquelle un individu se place sous l'empire d'une règle de droit pour en violer une autre (2).

Dans les autres cas, la libéralité faite à un enfant adultérin restera valable mais on ne pourra l'annuler qu'en procédant à une recherche de la filiation adultérine prohibée par l'article 340.

De même, pour les libéralités affectées de condi-

---

(1) Un arrêt de la Cour de cassation du 15 juillet 1878 (S. 1878. I, 193) ne s'abrite même plus sous le couvert de la théorie de la cause et dit clairement que « les dispositions à titre gratuit sont nulles aussi bien que les dispositions à titre onéreux quand elles reposent sur un motif illicite ».

(2) De même, par exemple, si un mari contre lequel a été prononcé le divorce émancipe sa fille mineure uniquement pour la soustraire à la garde de sa femme, l'émancipation ne vaudra rien comme constituant une fraude à la loi.

tions illicites ou immorales, qui, d'après l'interprétation de l'article 900, devraient être valables mais mutilées, la condition seule étant réputée non écrite, Demolombe (1) soutient avec raison, nous semble-t-il, que l'article 900 n'est pas impératif mais interprète seulement la volonté du donateur. Si donc le juge acquiert la conviction que le donateur n'a donné que pour inciter le donataire à accomplir l'acte illicite, ou mieux encore que le donateur aurait mieux aimé ne rien donner s'il avait su que l'acte illicite ne serait pas exécuté, il annulera la libéralité pour le tout.

Quant à la donation faite par un amant à sa maîtresse, elle est souvent nulle comme entachée de captation, par exemple lorsque la femme intercepte la correspondance, calomnie les héritiers naturels, dicte les termes même de l'acte de donation... etc... Lorsque la donation n'a été faite que pour engager la maîtresse à continuer le concubinage, on peut encore annuler l'acte en considérant qu'il n'a de la donation que le nom, qu'il est en réalité un contrat commutatif dans lequel l'homme offre de l'argent et la femme ses faveurs : ainsi interprété, le contrat est manifestement nul comme ayant un objet illicite. En dehors de ces deux cas, la donation ne pourra pas être annulée et il y aurait souvent plus d'inconvénients pour la morale à l'annuler qu'à la valider.

2° — DANS LES CONTRATS A TITRE ONÉREUX

« Le motif, nous dit un jugement du tribunal civil de Tarbes du 14 mars 1899, est en connexion si

(1) T. XVIII, n° 205.

étroite avec la cause que le caractère illégal et immoral de l'un affecte l'autre nécessairement. » Telle est également la théorie que nous retrouvons en jurisprudence au sujet des contrats à titre onéreux,théorie qui se manifeste non seulement au sujet du courtage matrimonial, mais encore au sujet des effets de complaisance et surtout des conventions relatives à des établissements immoraux. Or il est certain qu'ici encore la jurisprudence a une tendance nettement prétorienne et mérite le reproche d'illégalité.

La lettre de change est, en général, mise en circulation après une opération commerciale entre le tireur et le tiré, opération qui consiste soit dans une vente ou un échange de marchandises réalisées ou à réaliser, soit dans une ouverture de crédit faite par le tiré au tireur. Elle porte le nom de provision, et est,pour les endossataires successifs, une garantie que la traite sera payée à l'échéance. Mais s'il est impossible à un commerçant de trouver quelqu'un à qui emprunter et qu'il ait absolument besoin d'argent, sa signature par exemple étant protestée, il peut essayer de se procurer des fonds en créant du papier sur un tiers qui n'a aucune dette envers lui. Si ce tiers accepte la combinaison, un effet de complaisanse est ainsi créé. Une jurisprudence constante (1) prononce la nullité de ces effets, et, pratiquement, l'on ne saurait nier que de pareilles traites seront difficilement payées et seront nuisibles au crédit, mais juridiquement, la jurisprudence a tort, semble-t-il, de s'appuyer, pour en proclamer la nullité, sur ce que ces conventions ont une

(1) Cour de Paris, 16 novembre 1888. S. 1891. 2. 89.
Cour de Lyon, 30 novembre 1887. D. 1898. 2. 385.

cause illicite et contraire à l'ordre public, ayant pour but, nous dit la cour de Paris dans son arrêt du 16 novembre 1888 « de faire croire à un crédit imaginaire et de tromper des tiers sur la situation du tireur et du tiré ». Mais le but poursuivi par le tireur ou le tiré, les intentions des deux commerçants ne sauraient constituer la cause juridique de la lettre de change. La cause est toujours la même dans les contrats de même genre ; or, ici, le but poursuivi peut être différent avec chaque espèce particulière : il s'agit donc non de la cause, mais d'un simple motif.

Cette même confusion, également très nette, nous l'avons vu dans le courtage matrimonial, est poussée à l'extrême dans les contrats relatifs à des établissements immoraux, la jurisprudence s'étant vraisemblablement laissée entraîner sur un terrain juridique fort peu sûr pour annuler des conventions dont les contractants ne sont pas sans lui inspirer quelque mépris.

C'est ainsi que de nombreux arrêts annulent les contrats de vente et de location de maisons de tolérance en se basant sur ce motif laconique « que de pareils contrats ont une cause illicite et contraire aux bonnes mœurs » (1). Et pourtant, dans de telles conventions, la cause de l'obligation du vendeur ou du locateur, c'est-à-dire le prix ou le loyer, et la cause de l'obligation de l'acquéreur ou du preneur,

---

(1) Ainsi la Cour de Douai déclare dans un arrêt du 24 novembre 1887 (S. 1890. 2. 99) que la vente d'une maison de tolérance est une convention immorale et par suite entachée de nullité ; de même la Cour de Riom, dans un arrêt du 30 novembre 1893 (S. 1894. 2. 75), et, pour le louage, la Cour d'Alger, le 9 mai 1894 (D. 1895. 2. 21).

c'est-à-dire la remise en propriété ou en jouissance de l'immeuble, sont choses évidemment licites et morales et cette remise n'a rien que de conforme aux lois et aux bonnes mœurs. Sans doute l'immeuble peut servir à l'exploitation d'une maison de tolérance et les parties le savaient peut-être, mais dans une convention, on ne doit pas, quand il s'agit du caractère licite de la cause, s'occuper de l'intention des parties, des motifs psychologiques qui ont pu les pousser à agir, ces motifs étant toujours susceptibles de changer, et le contrat une fois passé il est fort possible que les parties donnent une autre destination à l'objet du contrat.

Et pourtant la jurisprudence ne s'en est pas tenue là: certains arrêts (1) annulent encore d'autres contrats tels que les prêts faits à l'occasion de maisons de tolérance ou de jeu. Or un prêt de somme d'argent a pour cause le versement des deniers : dans tout contrat de prêt cet élément reste le même et les tribunaux doivent s'assurer de son existence. Mais à quel titre les motifs de l'emprunteur figureraient-ils au même rang ? Si ces motifs, c'est-à-dire l'emploi que l'emprunteur se propose de faire de l'argent versé, sont un des éléments du contrat, il faudra qu'il les fasse toujours connaître au prêteur, car celui-ci est en droit de vérifier l'existence des conditions essentielles à la validité du pacte qu'il conclut. Or, pratiquement, il est absolument inadmissible que le prêteur se préoccupe ainsi de la façon dont l'emprunteur compte utiliser l'argent prêté et que le contrat soit nul quand l'emprunteur s'est inspiré de motifs im-

(1) Cas. civ., 15 déc. 1873. S. 1874. s. 24. — Cas. req., 1er avr. 1895. S. 1896. 1. 289.

moraux ou illicites. Le pouvoir des juges serait alors illimité et ils pourraient à loisir rechercher les circonstances et scruter les intentions des parties.

Un arrêt de cassation du 4 juillet 1892 (1) annule ainsi, comme reposant sur une cause immorale, un prêt d'argent fait par un garçon de cercle à un joueur pendant une partie.

De même la cour de Paris, le 19 avril 1897 (2), refuse toute action pour assurer l'exécution d'un contrat relatif au partage des produits du jeu, et le 3 juin 1901 (3) annule également le contrat de sous-location consenti par le locataire d'un établissement (l'Eden-Parc de Royan) à un tiers chargé d'exploiter le jeu de petits chevaux. La cour de Rouen alla encore plus loin et décida, le 17 mai 1905 (3), qu'un croupier étant engagé dans le casino d'une ville d'eaux et recevant, outre ses appointements, les pourboires donnés par les joueurs, ne peut avoir aucune action en cas de résiliation de son engagement : « l'action engagée, dit la cour, est basée sur une convention ayant pour objet l'exploitation des jeux de petits chevaux. Ces jeux constituent un jeu de hasard, la convention est donc illicite. »

Ainsi, d'après elle, le but du contrat est illicite parce qu'il vise l'attribution au croupier de pourboires donnés par les joueurs, alors cependant que ces remises d'argent ont été purement volontaires.

Un jugement du tribunal de la Seine du 17 novembre 1905 (4), déclare nul un prêt fait par le caissier

(1) Cas. req., 4 juil. 1892. D. 1892. 1. 500.
(2) *Gaz. Pal.*, 1897. 2. 171.
(3) Dal., 1903. 2. 10.
(4) *Gaz. du Palais* du 27 mars 1906.

d'un casino à un joueur qui avait besoin d'argent pour jouer, alors que le prêteur tirait profit de l'exploitation du jeu.

Et ici, la jurisprudence arrive vraiment, poussant cette confusion à l'extrême, à des résultats exorbitants : si, en effet, la connaissance par le prêteur de la destination que l'emprunteur compte faire de l'argent versé permet d'annuler le contrat pour cause illicite, il faudra alors prononcer la nullité dans une foule de cas : annuler par exemple la vente des bijoux destinés à une séduction, la location des appartements destinés à abriter des amours passagers, les marchés de fournitures et tous autres contrats quand il sera prouvé que les deux parties connaissaient le but immoral du prêt ! Il faut, du moins, rendre cette justice à la jurisprudence, qu'elle n'a souvent pas hésité à suivre jusqu'au bout les conséquences logiques auxquelles devait la mener son système, si bizarres qu'elles puissent paraître. C'est ainsi que certains arrêts en arrivent à annuler toutes les conventions qui ont pour objet la cession ou l'exploitation de maisons de tolérance, l'exécution de conventions de ce genre ne pouvant être poursuivie devant les tribunaux : un arrêt de cassation du 11 novembre 1890 (1) annule les créances qui ont pour cause des services de domesticité dans une maison de tolérance, alors cependant que ces services n'avaient, en eux-mêmes, rien d'immoral. Un arrêt de la cour de Limoges du 30 avril 1888 (2) déclare que les conventions nées à l'occasion de rapports entre personnes ayant exercé la prosti-

(1) Cass. req., 11 nov. 1890. D. 1891. 1. 484.
(2) Cour de Limoges, 30 avril 1888. D. 1889. 2. 38.

tution ont une cause contraire aux bonnes mœurs et que toute action ayant pour fondement ces conventions est irrecevable, spécialement en l'espèce la demande formée par une fille publique contre le chef de la maison dont elle était pensionnaire en restitution d'objets et d'effets mobiliers, car, nous dit cet arrêt, « le litige ne peut être tranché sans connaître de conventions ou de faits ayant un objet immoral ». Sont nuls également les marchés de fournitures destinés à alimenter ces sortes d'établissements, et un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 1er mai 1888 (1) va jusqu'à refuser, sur le fondement de la cause illicite, tout effet à l'obligation contractée par le directeur d'une maison de tolérance pour l'acquisition de vins de champagne destinés à être consommés dans son établissement ! C'est, en définitive, refuser de parti pris le secours de toute juridiction à un certain nombre de justiciables, par ce seul motif que la profession qu'ils exercent est déshonnête.

Si les tribunaux n'ont pas encore annulé la vente de bijoux destinés à une séduction ou la location de chambres garnies pour liaisons illicites et éphémères, c'est que les plaideurs n'ont pas encore osé en demander la nullité, mais le jour où ils le feront, il est infiniment probable que la jurisprudence se montrera jusqu'au bout logique avec elle-même et qu'ils recevront pleine et entière satisfaction.

Or, nous l'avons vu, la lettre et l'esprit de la loi condamnent évidemment de pareilles décisions. Du reste, à plusieurs reprises, la jurisprudence, voyant

(1) *Gazette du Palais*, 1890. 1. 797.

probablement la pente périlleuse sur laquelle elle s'engageait, a tenté de se ressaisir et d'établir, elle aussi, la distinction faite par la doctrine entre la cause et les motifs. C'est ainsi qu'un arrêt de la cour de Paris du 13 février 1877 (1), réformant un jugement du tribunal de commerce de Versailles du 13 mai 1875, déclare « qu'en présence d'un contrat dont la cause juridique est déterminée et licite, on ne saurait faire dépendre la validité de l'obligation ni du motif de la convention, ni de l'usage qui aurait été fait de la somme empruntée.

De même, un arrêt de la première chambre de la Cour de Bordeaux du 8 février 1895 (2) décide que le tenancier d'une maison de tolérance qui a acheté des marchandises et fournitures destinées à l'exploitation de son établissement ne peut se refuser à en payer le prix, sous prétexte que la vente aurait une cause illicite, l'emploi qui devait être fait des marchandises étant le motif et non la cause de l'obligation contractée par l'acheteur. Voici d'ailleurs les principaux attendus de ce jugement très judicieusement motivé et qui mérite d'être cité car il constitue en somme une condamnation de la jurisprudence par elle-même :

« Attendu que les époux X soutiennent que l'obligation dont l'exécution leur est réclamée aurait une cause illicite, les fournitures à eux faites (étoffes de soie et divers objets de lingerie) étant destinés à l'exploitation d'une maison de tolérance. Attendu que les termes mêmes dans lesquels les appelants formulent

(1) S. 1877. 2. 233.
(2) S. 1896. 2. 16.

leur prétention, il résulte que ce ne serait point la cause mais seulement le motif de l'obligation qui serait immoral et illicite ; qu'en effet il est certain que les fournitures qui leur ont été faites sont la seule et vraie cause de l'engagement contracté. Attendu que la loi ne frappe de nullité que l'obligation seulement dont la cause est illicite ; qu'il n'y a donc pas à se préoccuper des motifs qui l'ont déterminée ; que le législateur n'a point voulu entrer dans une voie qui eut été pleine de périls ; qu'il n'a pas subordonné la validité des conventions régulièrement formées à une simple question d'intention le plus souvent aussi délicate que difficile à résoudre. »

Malheureusement la jurisprudence n'a pas persévéré dans cette voie et trop souvent elle est retombée dans son erreur habituelle, la condamnation presque constante faite par elle du contrat de courtage matrimonial en est la preuve.

SECTION II

NOTION TRÈS VAGUE DE LA CAUSE EN JURISPRUDENCE

Au reste, il n'est pas étonnant que la jurisprudence condamne à tort le courtage matrimonial sur le terrain de la cause illicite, car elle ne semble pas avoir d'idée bien arrêtée de la notion de cause ; outre cette confusion entre la cause et les motifs que nous y retrouvons si souvent, confusion qui montre déjà le peu de netteté qu'elle a de cette notion, il semble impossible d'y retrouver une théorie d'ensemble sur cette question cependant si controversée. Les tribu-

naux marchent ici un peu au hasard, sans principe fixe ni but précis : ils manifestent sur ce terrain une tendance nettement prétorienne et semblent heureux de trouver dansles articles 1131 et suivants du Code civil un manque de définition de la cause qui leur permet, quand un contrat leur déplaît, pour des raisons morales ou autres, de la condamner sur le fondement de ces mêmes articles dont on a ainsi étendu et dont on étend chaque jour le domaine d'une façon quelque peu arbitraire. Il ne suffit pas, par exemple, d'affirmer le péril que peuvent faire courir les conventions relatives au courtage matrimonial pour en déduire la nullité en l'absence d'un texte formel de la loi, et, à cet égard, l'étude de droit comparé que nous avons faite nous permet de tirer un argument d'analogie du droit allemand et de rappeler que, lors des travaux préparatoires du Code civil allemand, la deuxième commission a reconnu qu'il était nécessaire d'insérer une disposition qui mît un frein aux conventions de courtage matrimonial, le silence gardé par le premier projet ne permettant certainement pas d'interdire des actes juridiques qui, souvent, n'avaient en eux-mêmes rien d'illicite.

Il est à remarquer en tout cas, que, dans aucun arrêt, la jurisprudence ne donne une définition de la cause, question qui est cependant depuis longtemps fort controversée en doctrine et sur laquelle on peut même dire qu'il y a autant d'avis que de jurisconsultes (1).

---

(1) Nous n'avons pas ici à examiner toutes ces opinions, notre rôle se bornant pour le moment à une critique générale de la jurisprudence sur cette notion de cause ; qu'il nous suffise d'indiquer les deux opinions extrêmes : les uns, en majorité,

La jurisprudence a préféré, semble-t-il, laisser subsister cette notion de cause, de façon à pouvoir l'appliquer un peu à sa fantaisie, étant donné la grande obscurité du Code sur ce point ; si elle présente un certain caractère de stabilité, elle n'apporte à l'appui de ses décisions parfois contradictoires aucune théorie générale, mais seulement des affirmations non justifiées, et toutes d'espèce. Les nombreux arrêts qui existent à ce sujet se contentent d'affirmer que dans telle espèce il y a fausse cause, dans telle autre obligation sans cause, dans telle autre enfin cause illicite — ce sont les cas les plus nombreux, la jurisprudence en faisant un véritable abus —, et déclare que ces obligations ne sauraient avoir aucun effet. Or il est facile de déclarer nul un contrat « pour cause illicite », mais encore faudrait-il pour cela avoir de la cause une idée bien arrêtée — agir en un mot en toute connaissance de cause — mais ce que nous avons vu de l'idée que se fait la jurisprudence de cette notion, spécialement la confusion constante qu'elle en fait avec les motifs, nous suffit pour lui enlever toute valeur juridique quand elle condamne le courtage matrimonial sur le terrain de la cause.

---

considérant qu'elle est d'une utilité incontestable — c'est la théorie classique préconisée par MM. Demante, Colmet de Santerre, Demolombe, Aubry et Rau, etc., — les autres, avec Ernst, Huc, Planiol, Laurent, lui dénient toute utilité.

SECTION III

DANS LE COURTAGE MATRIMONIAL LES MOTIFS EUX-MÊMES NE SONT PAS ILLICITES

Il nous paraît donc certain que la jurisprudence se trompe, quand elle déclare nul le courtage matrimonial comme ayant une cause illicite : c'est des motifs qu'elle entend parler et elle ne doit pas pouvoir annuler un contrat pour motifs illicites. Mais faisons un instant table rase de tout ce qui précède, admettons qu'elle puisse juridiquement annuler un contrat basé sur des motifs illicites ; pourrait-elle, pour autant, annuler le contrat de courtage matrimonial ? Nous ne le croyons pas, car, pour nous, dans ce contrat, non seulement la cause mais les motifs eux-mêmes n'ont rien d'illicite.

§ 1. — Les courtiers matrimoniaux ont constamment existé depuis le droit romain.

Tout d'abord le courtage matrimonial a existé de tout temps et il est incontestable qu'il facilite considérablement les mariages. Nous avons vu qu'à Rome ces entremises étaient passées couramment dans les mœurs ; que, dans l'ancien droit, les auteurs,tout en rapportant deux arrêts défavorables aux courtiers matrimoniaux, déclaraient cependant que de tels intermédiaires pouvaient être fort utiles. Automne n'allait-il même pas jusqu'à dire que c'était un défaut dans la police de France de n'avoir pas, comme en certaines villes d'Espagne, des entremetteurs pour le

mariage? Aujourd'hui cette entremise est passée dans les habitudes et nous voyons la plupart des mariages se conclure au moyen d'intermédiaires, qu'ils agissent gratuitement ou moyennant salaire.

§ 2. — **Leur utilité**

Cette persistance des agences matrimoniales n'est-elle pas le meilleur signe de leur utilité et ne prouve-t-elle pas que, malgré le préjugé qui existe encore à leur égard, elles rendent de réels services puisqu'on continue toujours à avoir recours à elles depuis le droit romain ? Il est vrai qu'on nous objecte qu'on ne devrait plus, en cette matière, suivre l'exemple de Rome, où les mœurs différaient totalement des nôtres, mais s'il est vrai qu'au moment de la décadence romaine il y eut un véritable abus du divorce au point que Pline le Jeune nous cite l'exemple d'une femme comptant les années d'après le nombre de ses maris, l'essence du mariage était pourtant la même à Rome que de nos jours, et la définition qui en est donnée par Portalis dans l'exposé des motifs du Code civil (1) ne diffère pas beaucoup de celle de Modestinus : « Consortium omnis vitae divini et humani generis communicatio. »

Du reste n'est-il pas souvent préférable d'avoir recours à des entremetteurs ? Ne vaut-il pas mieux, en effet, que l'examen de toutes les conditions d'inté-

---

(1) « Le mariage, c'est la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider, par des secours mutuels, à partager le poids de la vie et pour partager leur commune destinée. »

rêt ou de convenance précède les premières relations des futurs époux et les dégage ainsi de toutes considérations matérielles, qui, si elles n'étaient pas réglées à l'avance par ces courtiers (on ne saurait nier en effet que si l'examen de ces questions n'est pas aussi prépondérant que le pense le jugement du tribunal de Niort, dont nous avons cité les principaux attendus, il joue cependant un certain rôle), pourraient amener des discordes entre les familles et compromettre la mutuelle affection des futurs époux ? N'est-il pas mieux, souvent, que l'entremetteur fasse les premières démarches, endosse lui-même un refus à la place de son client, (car, ainsi que le disait Gillet dans son plaidoyer : « il n'est rien de plus pénible que de s'entendre dire à soi-même qu'on est pas agréable »), ou, en cas de succès, s'assure par lui-même de certaines questions pécuniaires ou autres, qu'il est toujours désagréable de traiter.

§ 3. — Réfutation de l'objection tirée de leur caractère salarié

On nous répondra, il est vrai, que, le plus souvent, ces intermédiaires sont désintéressés, et qu'il faut soigneusement les distinguer de ceux qui sont salariés.

Mais, tout d'abord, il y a bien des cas où l'intermédiaire n'est peut-être pas si désintéressé qu'il le paraît, et, si l'exemple de cette femme d'académicien, qui, dans « l'Immortel » de Daudet, reçoit 200,000 francs pour faire conclure un mariage, ne doit pas être très fréquent, combien il doit être rare que la personne qui négocie un mariage n'obéisse pas

à un mobile quelque peu intéressé ! Où s'arrête donc la distinction entre l'intermédiaire intéressé et celui qui ne l'est pas ? La personne qui, dans le monde, fera conclure un mariage et se fera promettre un cadeau comme prix de ses bons offices appartiendra-t-elle à la première ou à la deuxième catégorie ? Et, du reste, quelle raison y a-t-il de distinguer entre l'intermédiaire gratuit et l'intermédiaire salarié ? Pourquoi le premier ferait-il nécessairement une œuvre louable et le deuxième une œuvre néfaste ? Tous deux veulent faire conclure un mariage, et ce mariage pourra très bien être beaucoup mieux assorti quand il sera préparé par un entremetteur salarié, qui a fort bien pu agir loyalement, et décider ainsi du bonheur de deux personnes qui sans lui ne se seraient peut-être jamais connues. Ce n'est pas l'argent qu'on lui verse qui fera devenir son entremise illicite : pourquoi ce qui est jugé licite et moral de la part du premier deviendrait-il nécessairement illicite et immoral de la part du deuxième.

§ 4. — Pleine liberté laissée aux conjoints

Nous avons dit que les démarches du courtier avaient pour but de faire obtenir le consentement au mariage mais que ce n'était là que le motif et non la cause du contrat. Or il nous semble que ce motif lui-même n'est pas illicite.

« Tout ce qui, dit la Cour de cassation, est de nature à compromettre ou à altérer la liberté du consentement (au mariage) est, par cela seul, contraire au vœu de la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs. »

Mais le rôle de l'entremetteur n'est pas forcément d'exercer une influence sur le consentement : il peut se contenter d'amener un rapprochement entre son client et une personne quelconque qui lui semble constituer pour celui-ci « un parti avantageux » et les laisser tous deux libres de contracter ou non mariage. En somme, le courtier se contente de rendre certains services à une personne qui cherche à se marier et qui lui a demandé de les lui procurer ; il l'introduit dans une famille que recommandent sa situation, son entourage, sa fortune, lui donne tous les renseignements qui peuvent lui être utiles, mais en quoi donc ces renseignements, s'ils sont exacts, — et c'est là l'hypothèse normale sur laquelle nous devons raisonner — influent-ils sur la liberté de consentement de son client, qui ne se trouve obligé en aucune façon par les démarches, fort discrètes d'ailleurs, qu'a faites le courtier ?

Mais admettons même — et il faut bien reconnaître que c'est en fait ce qui arrive souvent — que le courtier fasse miroiter aux yeux des deux parties les avantages de l'union qu'il essaie de réaliser en les exagérant même quelque peu au besoin. Tout d'abord, ainsi que le remarque M. Wahl, il ne fera que remplir le rôle ordinaire du courtier, et la jurisprudence n'a jamais admis que ces indications, et même ces exagérations, à moins toutefois qu'il y n'eût manœuvres frauduleuses — (mais ceci est une hypothèse que nous examinerons plus loin) — constituent un fait viciant le contrat, sinon il lui aurait fallu reconnaître que toutes opérations de courtage présentent un caractère illicite, alors qu'elles sont parfaitement régulières, beaucoup étant même réglées par le Code de

commerce. Il est certain que le lien matrimonial a un caractère que ne présentent pas les autres contrats, mais il semble cependant impossible de décider qu'une immixtion toujours identique laissera entière dans certains cas, et altérera, dans d'autres, la liberté du consentement.

Si l'on suivait ici la Cour de cassation, on en arriverait à des conséquences exorbitantes : il faudrait annuler le mariage dans tous les cas où le consentement aurait été atteint dans sa liberté et sa moralité et le déclarer contraire à l'ordre public, alors qu'au contraire le dol n'entraîne pas la nullité du mariage (en mariage il trompe qui peut, disait Loisel), que l'erreur ne l'entraîne que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, et que seule la violence, cette « absence de consentement libre » de l'article 180, est une cause de nullité.

Du reste, si l'entremetteur fait des démarches et cherche à faire naître des occasions de rapprochements entre les futurs époux, il n'agit en aucune façon sur leur détermination, et ceux-ci contractent ou non mariage sans que le courtier puisse agir d'une façon quelconque sur leur volonté qui restera entièrement libre. Ce sont eux, et non le courtier, qui décident de l'opportunité ou de la non opportunité du mariage. Sans doute, le courtier a un intérêt à sa conclusion, mais cet intérêt est bien indifférent aux futurs époux et à leurs familles qui, lorsque le courtier n'a pas agi frauduleusement, et c'est le cas normal, pourront apprécier à leur juste valeur les convenances réciproques que semble réunir le mariage qui se prépare.

Et même on peut dire que, pratiquement, le cour-

tier, intermédiaire intéressé que l'on traite comme un salarié et qu'on change si l'on n'est pas content de ses services, influera beaucoup moins sur la décision des personnes désireuses de se marier, qui ne le connaissent nullement et pour lesquelles il est parfaitement indifférent, que des intermédiaires désintéressés qui auront sur elles une influence beaucoup plus directe, car ce seront presque toujours des parents, des amis qu'elles seront beaucoup plus tentées d'écouter, ne voulant pas les désobliger. La suggestion qui, selon Kohler, doit faire repousser ces contrats sera donc beaucoup plus forte dans ce cas que dans le nôtre, où (l'on ne saurait trop le répéter car la jurisprudence semble ne pas s'en être rendu compte), les prétendants apprécient souverainement et décident, le courtier laissant toute latitude, toute liberté à leurs appréciations, à leurs propres investigations, à leur consentement : dès lors, la liberté des mariages restant entière, où donc est le danger pour l'ordre public et les bonnes mœurs ?

§ 5. — **Réfutation de l'objection tirée de la fraude en matière de courtage matrimonial.**

On nous fait cependant une objection : c'est que toujours, ou presque toujours, la somme n'est promise au courtier qu'en cas de succès, et, dès lors, celui-ci ne reculera devant aucun moyen pour s'assurer la prime stipulée, ce que la Cour de Poitiers exprime en ces termes dans son arrêt de 1853 : « L'entremetteur n'aura que son propre intérêt pour mobile; il mettra tout en œuvre pour faire réussir une combinaison

dont le succès est la condition même de son salaire... Son rôle, en un mot, sera nécessairemet déloyal ».

Mais, de ce que l'entremetteur a un intérêt à faire aboutir un projet de mariage, on ne peut évidemment conclure qu'il se livre forcément à des manœuvres frauduleuses et il est impossible de déclarer que cette simple possibilité conduise à repousser, dans tous les cas sans exception, même dans ceux où ces maœuvres ne se rencontrent pas, la validité du courtage matrimonial. Tout contrat peut être entaché d'erreur ou de dol et n'est néanmoins annulable que si le dol ou l'erreur se rencontrent et, même alors, il n'est pas frappé d'une nullité absolue et n'a pas forcément, pour autant, une cause illicite. Pourquoi en serait-il autrement en matière de courtage matrimonial ? « Est-il, nous disait Gillet dans son plaidoyer, de loi si sage dans son principe qui ne soit sujette à quelque inconvénient dans son exécution? » Il ne faut, en effet, pas confondre la convention et l'exécution qu'elle reçoit, et chercher, dans la convention même, un vice qui n'existerait que dans l'exécution, sinon on annulerait continuellement des contrats fort louables en eux-mêmes.

Or, le contrat de courtage matrimonial loyalement exécuté ne saurait donner prise à aucune critique. Nous avons vu que rien, dans les démarches de l'entremetteur, ne blesse l'ordre public et les bonnes mœurs; rien, du reste, n'empêche de rejeter ses propositions, de contrôler ses renseignements.

La Cour de cassation elle-même a dû remarquer cette objection et elle a fort probablement voulu y répondre en disant : « Pour rendre illicite une telle convention, il n'est pas nécessaire que le danger de

cette influence intéressée se soit réalisée et que le mal se soit produit ; il suffit que le danger se montre et que le mal soit possible : là, en effet, tout est irréparable et l'ordre social est trop intéressé à se prémunir contre de pareilles conséquences pour que l'on doive se contenter de réserver l'action de dol ou de fraude contre l'entremetteur coupable de manœuvres déloyales dans l'exécution de son mandat ».

Mais en quoi cette nullité empêchera-t-elle les conséquences du contrat d'être irréparables, c'est-à-dire le mariage de demeurer ? Elle permettra simplement aux époux, qui se sont associés aux actes répréhensibles du courtier, de mépriser encore la morale en refusant d'exécuter des engagements librement consentis.

Même en adoptant la théorie de la cour de cassation serait-il admissible qu'une personne, après s'être engagée, en concluant un contrat déterminé, en pleine connaissance de cause, et étant en possession de toute sa liberté, vienne ensuite dire à l'autre partie : « Pardon, nous avons fait un contrat qui n'est pas valable. Maintenant que j'en ai profité et que, grâce à vous, j'ai contracté le mariage avantageux que je me proposais, je trouve qu'il serait tout-à-fait contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs de vous payer le prix qui était convenu entre nous .» Et la Cour de cassation admet ce raisonnement, trouvant que dans ce cas l'immoralité est du côté du courtier, et refuse d'admettre qu'on lui verse le prix convenu !

En outre, la raison pour laquelle la simple possibilité d'une fraude entraîne la nullité, même en l'absence de toute fraude, est, d'après la cour de cassation, que, lorsqu'elle se produit dans notre matière,

elle est irréparable. Mais rien de moins juridique qu'un semblable argument : ce contrat a pu se réaliser avec l'honnêteté et la loyauté désirables, remplir toutes les conditions de validité des autres contrats — et la Cour de cassation dans l'attendu précité, en admet implicitement la possibilité. — Il n'y a alors aucun principe de droit, aucune raison morale, qui permettent de l'annuler. Au point de vue juridique, en déclarant nulle par elle-même une convention indépendamment de l'exécution qu'elle a reçue, on fait une fausse application de l'article 1133 du Code civil, et ne viole-t-on pas en outre l'article 1134 qui veut que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ? Au point de vue moral est-il admissible qu'un contractant ne puisse se faire payer un salaire, qui a été valablement et légitimement convenu, parce que d'autres contrats de ce genre peuvent recevoir une exécution déloyale ?

Du reste, le dol, la fraude ne se présument pas : c'est là une règle générale qui s'applique sans qu'il y ait lieu de distinguer si la convention a, ou n'a pas donné lieu à un salaire Si la fraude existe, l'action du demandeur viendra échouer contre l'exception tirée de la fraude, mais il faut que celle-ci soit prouvée.

Nous reconnaissons que trop souvent les courtiers matrimoniaux sont peu intéressants et peu scrupuleux — et c'est peut-être là, nous le verrons, un des motifs qui ont influencé défavorablement la jurisprudence à leur égard, — mais ce n'est pas une raison pour qu'on puisse les condamner en s'appuyant sur une base juridique. Que, pratiquement, l'on prenne plus de précautions contre l'entremetteur salarié, que

l'on se montre défiant à son égard, que l'on admette plus facilement contre lui la preuve de la fraude, rien de mieux, mais on ne saurait aller au-delà ; proscrire la convention parce qu'elle peut être déloyalement exécutée, prohiber l'usage parce que l'abus est possible, ce serait renier toutes les règles d'équité et de justice. Notre convention n'a rien en elle-même que de loyal et d'honorable ; comme toute convention elle peut être évidemment entachée de fraude, l'intermédiaire pour obtenir la rémunération promise, pouvant se trouver amené envers l'un des futurs conjoints à exagérer la fortune ou les qualités de l'autre, à substituer des chimères à la réalité. Mais quel contrat échappe-t-il donc à ce danger, quel contrat n'est-il pas susceptible d'être vicié par le dol ? Proscrira-t-on jamais de ce chef une vente, un bail, un échange ?

Aussi ne peut-on condamner une institution qui a toujours existé et peut en fait rendre de réels services parce que l'abus et la fraude y sont possibles sinon on s'engagerait sur une voie particulièrement périlleuse qu'il serait impossible de suivre jusqu'au bout. Il faudrait alors, en effet, annuler toutes les conventions qui peuvent conduire à des manœuvres frauduleuses et toutes en sont là ; dès lors peu de contrats subsisteraient et l'on devrait par exemple annuler toute convention qui a pour objet une rente viagère, un contrat d'assurance sur la vie, etc..., parce qu'en ces matières, l'intérêt de l'agent peut également donner lieu à des manœuvres dolosives.

§ 6. — Des différentes conventions auxquelles donne lieu le courtage matrimonial.

Les conditions dans lesquelles est conclu le contrat de courtage matrimonial sont d'ailleurs fort variées et incitent plus ou moins à la fraude l'agent chargé des négociations d'un mariage.

Si une somme fixe a été promise au courtier, qu'il réussisse ou non à faire le mariage projeté, ce contrat, même, nous l'avons vu, d'après la jurisprudence de la cour de Cassation, ne saurait être annulé puisqu'il est bien évident qu'alors le courtier ne songera pas, « pour assurer le succès qui est la condition de la prime stipulée, à peser directement ou indirectement sur le consentement », cette prime devant lui revenir même en cas d'insuccès et le courtier n'ayant alors aucun intérêt à influer sur le consentement des parties.

Mais, d'après nous, pour les raisons que nous venons d'énumérer, il faudra également valider le contrat par lequel une somme fixe serait promise au courtier en cas de succès seulement et même celui ou un tant pour cent aurait été promis sur la dot de la future On nous objecte cependant que, dans ce dernier cas, la convention est particulièrement illicite car elle indique très nettement que les parties n'ont eu en vue que la conclusion d'un marché. Il est certain qu'alors le danger est plus grand, le courtier pouvant être amené à ne s'occuper que de la question de dot, faisant céder devant elle toutes les autres considérations beaucoup plus importantes de moralité,

d'honorabilité, de santé. Mais il nous semble que, même dans ce cas, l'on ne doit pas toujours annuler un contrat conclu de cette façon ; l'on ne peut, tout d'abord, en conclure forcément que les parties ont voulu faire uniquement un marché, et si l'on part de l'idée de convention viciée par l'intervention d'un intermédiaire, pourquoi alors ne pas aboutir à l'annulation du mariage et non pas seulement à l'annulation des droits du courtier ?

Quant aux dépenses et aux frais auxquels ont été exposés les directeurs d'agences matrimoniales dans l'intérêt des époux et dont ceux-ci ont profité, la doctrine (1) et la jurisprudence elle-même (2) s'accordent en général pour reconnaître que le remboursement leur en est dû. Il va sans dire que nous admettons *a fortiori* cette thèse, puisque nous sommes partisans de la validité du courtage matrimonial, mais il nous semble que de la part de la jurisprudence qui lui reconnaît une cause illicite, il y a une inconséquence à l'admettre, car il ne peut y avoir d'action en justice qu'en vertu d'un fait licite. Il est certain que les tribunaux n'admettraient pas, par exemple, qu'on remboursât à quelqu'un les frais auxquels il s'est trouvé exposé en aidant à l'accomplissement d'un crime ou en commettant une fraude contre la régie. La jurisprudence n'a pas osé, semble-t-il, suivre jusqu'au bout les conséquences logiques de son système et mettre sur le même niveau tous les cas où elle admet l'existence d'une cause illicite : voulant en atté-

---

(1) Laronbière, Fuzier-Hermann.

(2) Voir entre autres arrêts ceux de la Cour de Nîmes du 22 juin 1868 et du 18 mars 1884.

nuer quelque peu les rigueurs en faveur du courtage matrimonial, elle aboutit ainsi à un système hybride et illogique. Les frais auxquels a été tenu le courtier matrimonial pour ses déplacements, pour le temps qu'il a perdu, pour les dépenses qu'il a faites, constituent en effet la rémunération d'un service rendu en vertu d'un contrat qu'elle regarde comme illicite. La jurisprudence, il est vrai, pourrait peut-être cependant trouver une justification juridique de ce système, dans la théorie de l'enrichissement sans cause par exemple. D'ailleurs elle ne semble même pas très bien fixée sur ce point : la cour de Nîmes, dans son arrêt du 22 juin 1868, aprés avoir dit « qu'eu égard à la nature des dépenses faites, aux démarches et à la peine prise, l'appréciation du tribunal a paru exagérée à la Cour », semblant ainsi admettre la validité du remboursement de ces frais ajoute cependant « qu'il ne saurait appartenir à la justice d'ordonner la remunération des services rendus lorsqu'aucune convention n'est intervenue à cet égard entre les parties ».

Ainsi le courtage matrimonial doit être validé, soit que la prime stipulée consiste en une somme fixe ou en un tant pour cent sur le chiffre de la dot, soit, d'autre part, que le courtier s'engage à faire réussir le mariage avec une personne déterminée ou avec une personne quelconque. Lorsque, en effet, le mariage doit être contracté avec une personne désignée d'avance, l'entremetteur est alors plutôt un locateur de services qu'un courtier véritable, mais sa fonction est aussi régulière, et on ne peut rien voir d'illicite dans le fait de mettre deux personnes déterminées en rapport l'une avec l'autre en vue d'un

dans le cas où il aurait simplement exagéré la fortune mariage (1). Il y a cependant un cas où il nous semble, contrairement à l'opinion de M. Wahl, qu'il faudrait annuler ce contrat : c'est lorsque le courtier matrimonial, chargé par son client de lui faire contracter mariage avec une personne spécialement désignée, laisse ignorer à cette dernière le caractère intéressé de sa mission (2). Le courtier stipule alors un fait qui est en somme frauduleux, la fraude consistant à laisser ignorer à la femme sa qualité et à la tromper ainsi sur le mobile auquel il obéit. Or il est certain que le fait de se faire promettre une somme, pour commettre une fraude envers un tiers, ne peut pas engendrer d'action en paiement.

D'après M. Wahl, il est vrai, les principes juridiques seraient sauvegardés, en cas de fraude du courtier, par la responsabilité qu'il a encourue de ce chef. S'il a, par exemple, dissimulé des tares morales, il devra des dommages-intérêts, un tel préjudice donnant lieu à réparation. M. Wahl va même jusqu'à prétendre que ces dommages-intérêts seront dus par le courtier

---

(1) Voir en ce sens Cass. Naples, 10 oct. 1903 ; Gênes, 5 juin 1903.

(2) La Cour de Poitiers, dans l'espèce tranchée en 1855 par la Cour de cassation, tout en déclarant illicite, d'une manière absolue, le contrat de courtage matrimonial, avait eu soin du reste d'ajouter que les manœuvres susceptibles d'être exercées par le courtier pour déterminer le consentement des parties sont graves, surtout « lorsque la personne dont il s'agit d'obtenir le consentement ignore le motif pécuniaire qui fait mouvoir le tiers qui s'interpose, motif soigneusement dissimulé sous l'apparence d'une affection trompeuse ». Elle constate que la convention tenue secrète entre le courtier et son client n'avait été révélée à la femme de ce dernier qu'à l'occasion du procès.

de l'autre partie : « Un époux frustré sur ce point, peut, dit-il, aussi bien attaquer le courtier dont la faute l'a induit en erreur, qu'un acheteur de marchandises peut réclamer des dommages-intérêts au courtier qui l'a trompé sur les qualités de ces marchandises. » Mais, pas plus au point de vue juridique qu'au point de vue moral, nous ne saurions admettre cette théorie. Tout d'abord, il est bien évident qu'on ne peut admettre dans ce cas la nullité du courtage matrimonial. Quand, en effet, le courtier trompe son client sur la dot de l'autre conjoint, il y a seulement erreur sur les motifs et non sur la cause. L'objet de l'obligation du courtier et par conséquent la cause de l'obligation du client est le mariage avec une personne déterminée et l'importance de la dot ne peut figurer que parmi les motifs : or, l'erreur sur les motifs ne saurait en aucun cas être une cause de nullité des contrats (1). Mais il nous semble même bien difficile de déclarer que la partie qui a traité avec l'agent matrimonial ait alors droit à des dommages-intérêts, car celui-ci n'est pas un assureur de dots. Si l'on ne peut nier que les considérations pécuniaires jouent dans le mariage un certain rôle, il est néanmoins bien évidemment impossible, et contraire à la

---

(1) Voir à ce sujet un arrêt de la Cour de cassation de Naples du 10 octobre 1903 qui refusa de déclarer nul le contrat par lequel un courtier avait promis de s'entremettre pour faire épouser à son client une personne déterminée. Le client prétendait qu'il y avait fausse cause, ou plutôt erreur sur la cause, le courtier l'ayant trompé sur le montant de la dot de son conjoint et cette prétention avait été admise par la Cour d'appel de Naples (Naples, 26 août 1901. Legge. 1902. 1. 123). Mais la Cour de cassation répondit avec raison qu'il y avait seulement erreur sur les motifs.

dignité du mariage, d'assimiler le courtier matrimonial et le courtier en marchandises au point d'admettre que des dommages-intérêts fussent également dus, qu'il y ait erreur sur la dot ou sur la qualité des marchandises.

SECTION IV

LA JURISPRUDENCE SE FAIT EN GÉNÉRAL DE LA LIBERTÉ UNE IDÉE ERRONÉE

Un certain nombre de décisions de jurisprudence paraissent inspirées par l'idée que tout acte qui restreint ou tend à restreindre le libre exercice d'une faculté légale est illicite. En effet la jurisprudence annule en particulier le courtage matrimonial comme portant atteinte à la liberté de consentement dans le mariage, de même du reste qu'elle annule de ce chef bien d'autres conventions, telles que les contrats de succès d'entreprises dramatiques, les donations faites avec défense de se marier ou de se remarier, les clauses pénales en matière de mariage, etc.

Or, nous avons ici encore à formuler une critique contre la jurisprudence, car il nous semble que, dans tous ces cas, elle se fait une idée fausse de la liberté du consentement qui subsiste même lorsque les motifs de décider paraissent plus forts dans un sens que dans l'autre. L'homme, en effet, n'assiste pas en simple spectateur à la lutte des motifs, attendant que le plus fort l'emporte ; la décision finale est et demeure en son pouvoir. La jurisprudence semble croire, au contraire, que si les motifs sont plus forts,

en un sens, l'homme se décidera forcément en ce sens, alors qu'en réalité il se décidera souvent en faveur de la solution contraire. Du reste, les motifs varient essentiellement d'individu à individu et leur force sera loin d'être la même pour tous : beaucoup resteront indifférents aux sollicitations d'un courtier, ne se laisseront aucunement influencer par des applaudissements, ne craindront pas de donner une certaine somme d'argent pour renoncer à un projet qui leur déplait.

La jurisprudence elle-même semble parfois, du reste, l'avoir compris, et, de jour en jour, elle devient moins sévère pour apprécier cette entrave à la liberté, ces restrictions apportées à une faculté légale. Si elle annule encore les clauses pénales en matière de mariage, l'immoralité lui en paraissant particulièrement grave, nous avons vu qu'elle commence à évoluer quelque peu en matière de courtage matrimonial. Nous verrons, d'autre part, que cette évolution se manifeste beaucoup plus nettement encore en matière de succès d'entreprises dramatiques et que de nombreux arrêts valident les donations et les legs faits avec obligation de ne pas se marier ou se remarier.

§ 1^er^. — Entreprises de succès dramatiques.

On avait, pour proclamer la nullité du courtage matrimonial, tiré un argument d'analogie de l'interdiction des contrats passés par les entreprises de succès dramatiques, contrats conclus entre les agents de claque et des personnes auxquelles ils font remise de leurs places, leur donnant même une certaine somme,

à condition de manifester à un signal donné leur admiration par des applaudissements nourris. La jurisprudence annulait ces contrats comme portant atteinte à la liberté d'appréciation des spectateurs. Mais la Cour de cassation ne s'est jamais prononcée sur la question, et si les cours d'appel en ont, à diverses reprises, proclamé la nullité (1), un arrêt de la Cour de Paris du 5 avril 1900 (2), très abondamment et très judicieusement motivé (3), rompt nettement avec la jurisprudence antérieure et déclare que « le contrat par lequel un entrepreneur se charge, moyennant une certaine rémunération, d'assurer par des applaudissements ou d'autres démonstra-

---

(1) Paris, 23 juillet 1853. D. 1853. 2. 450.

Lyon, 15 mars 1873. D. 1873. 2. 68.

Tribunal de commerce de la Seine, 27 juin 1896. *Annales de Droit commercial*, 1896, p. 356... etc.

(2) D. 1903. 2. 279.

(3) Considérant, y est-il dit, que la claque ne peut être considérée comme contraire aux bonnes mœurs et portant atteinte à la liberté d'examen du public payant ; qu'en effet il résulte des documents versés au débat que les applaudissements qui se produisent à certains moments déterminés à l'avance, le plus souvent dans le but de faire ressortir un passage de l'œuvre sur lequel l'attention du public est plus spécialement appelée ne portent aucune atteinte à la liberté d'appréciation des spectateurs ; — qu'en outre, il est reconnu que pour les interprètes des œuvres dramatiques, la claque est nécessaire pour les aider à vaincre l'émotion et les difficultés inhérentes à la représentation devant le public, d'ouvrages nécessitant l'emploi de toutes leurs forces et de tout leur talent, pour lesquels ils doivent être en possession de tous leurs moyens; — qu'en outre, les applaudissement, se produisant à certains moments, donnent aux acteurs quelques instants de repos indispensable, au moment où cet arrêt dans l'exécution ne peut produire aucun mauvais effet et ne peut nuire à l'appréciation du public.

tions le succès des pièces représentées sur un théâtre (contrat de claque) n'est prohibé par aucune loi et n'est pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. »

Il est, en effet, permis de penser que, dans nos mœurs actuelles, la claque a vraiment trop peu d'influence sur le succès d'une pièce pour qu'on puisse lui reprocher de troubler la sécurité des théâtres et de détruire la liberté d'examen du public. Elle est, en effet, absolument tolérée par la police, et il est bien certain que la pleine et entière liberté d'appréciation des spectateurs ne sera pas compromise par les applaudissements répétés de quelques claqueurs. Elle peut, d'autre part, rendre de réels services : appeler, par exemple, l'attention du public sur tel ou tel passage de la pièce, donner du repos aux acteurs, etc.

Or, si l'on a voulu tirer un argument d'analogie contre le courtage matrimonial de ce que la jurisprudence déclarait nul le contrat de claque, ne pourrait-on pas tirer de ce revirement un argument en sa faveur ?

§ 2. — Donations faites à condition de ne pas se marier ou de ne pas se remarier.

Quant aux donations et aux legs faits par une personne à une autre, à condition de ne pas se marier, ou à un conjoint survivant par un autre conjoint décédé, à la condition de ne pas se remarier, la jurisprudence se montre également beaucoup moins sévère aujourd'hui pour apprécier l'atteinte portée ainsi à la liberté. La défense absolue de se marier a été jugée valable, à raison des circonstances où elle était intervenue, par

deux arrêts de la cour de Paris et de la cour de Caen. La cour de Paris (1) distingue à cet égard entre le cas où le testateur a obéi à un calcul mauvais, à un caprice de sa volonté, et le cas où il a été inspiré par un sentiment honnête, où, par exemple, il n'a en vue que l'intérêt du légataire et regarde alors la condition comme parfaitement licite. La cour de Caen (2) déclare également que « la condition de ne pas se marier peut, dans beaucoup de cas, être considérée comme illicite, parce qu'elle porte atteinte à la liberté de l'homme » (et ici c'est l'idée que la jurisprudence se fait en général de la liberté qui reparait). Mais elle admet cependant que l'obligation de ne pas se marier imposée au légataire comme condition du legs à lui fait n'est pas nulle par elle-même, qu'il faut distinguer suivant les circonstances et qu'elle a un but légitime « toutes les fois que le disposant n'a pas cedé à des pensées mauvaises ou à un caprice, mais qu'il a été mû par l'intérêt bien compris du bénéficiaire et de ses enfants, sa volonté doit être respectée » et que, spécialement, elle doit être maintenue « lorsque, comme dans l'espèce, elle est inspirée par une sage prévoyance pour soustraire un légataire âgé atteint d'infirmités physiques et intellectuelles à l'avidité des personnes qui voudraient l'épouser à cause de la fortune que le legs lui apporterait, et au préjudice de ses véritables intérêts ainsi que de l'avenir de ses enfants même naturels. »

Répondant sans doute à l'objection qu'on pourrait tirer de l'immoralité d'obliger une personne à garder

---

(1) Paris, 1er avril 1862. Dall. 1862. 2. 77.
(2) Caen, 16 mars 1875. Dall. 1876. 2. 237.

le célibat, cet arrêt ajoute « qu'il est si vrai que la condition de garder le célibat n'est pas considérée d'une manière absolue comme contraire aux mœurs, que tout le monde admet comme licite la défense de se remarier ; que, cependant, cette défense présente, au point de vue de la liberté de l'homme et des désordres auxquels l'expose l'obligation de garder le veuvage, les mêmes inconvénients que la prohibition de se marier ; que, dès lors, si des motifs puissants la justifient aux yeux de tous, d'autres motifs d'une égale valeur peuvent aussi, dans des circonstances spéciales, légitimer la condition de ne pas se marier (1). »

La jurisprudence, en effet, valide (2) d'une façon à

(1) En somme, d'une façon générale, la jurisprudence, partant de l'idée fausse qu'elle se fait de la liberté, invalide les donations faites à condition de ne pas se marier (voir à ce sujet un arrêt assez énigmatique de la Cour de Douai du 22 juillet 1907 — *Gaz. Trib.*, 27 octobre 1907 — qui déclare que la restriction à la faculté de se marier imposée par le testateur à sa légataire peut-être illicite, quoiqu'elle ne soit point immorale). Mais elle les valide cependant dans certains cas à raison des circonstances particulières dans lesquelles elles ont été faites.

(2) Quelquefois aussi, la jurisprudence, comme dans le cas précédent, a particulièrement insisté sur les circonstances, et s'appuie souvent sur celles-ci pour faire ressortir la nécessité de maintenir la condition en lui laissant toute sa force obligatoire. Ainsi elle a décidé : 1° que la condition imposée dans un legs fait par une épouse décédée sans enfants à son mari, de ne pas se remarier avec une jeune fille connue pour avoir eu avec lui des liaisons adultères, est valable, et le mariage contracté au mépris de cette condition fait évanouir le legs (Poitiers, 14 juin 1838) ; 2° que la condition de rester à l'état de veuvage imposée dans son testament par un époux à son conjoint est licite, alors qu'il existe des enfants du mariage (Limoges, 31 juillet 1839) ; 3° que la condition de ne pas convoler sous peine de perdre moitié du don, n'a rien d'illicite et de contraire aux bonnes mœurs, surtout si la moitié du don doit profiter aux pauvres (Colmar, 8 août 1819).

peu près unanime (1) les legs faits par un conjoint à son conjoint survivant à condition qu'il ne se remarie pas, la condition de ne pas se remarier ne devant pas, d'après elle, être comptée au nombre des conditions illicites de l'article 900, contraires soit aux lois, soit aux mœurs, et décide d'une façon générale que la veuve qui s'est remariée nonobstant la clause d'un legs fait sous la condition de ne pas se remarier doit être déchue de son legs (2).

Ainsi la jurisprudence, semblant abandonner quelque peu la notion qu'elle se fait habituellement de la liberté, valide dans certaines circonstances la donation faite à condition de ne pas se marier et presque toujours celle faite par un conjoint à son conjoint survivant à condition de ne pas se remarier. Mais il nous semble alors que lorsque, après avoir validé ces contrats, elle condamne le courtage matrimonial, elle se montre illogique, et ceci pour deux raisons. Nous avons vu, en effet, que le courtier matrimonial ne porte aucunement atteinte à la pleine liberté des époux, alors que, dans ces sortes de donations, si la liberté subsiste dans le sens que nous lui attribuons, il est certain néanmoins que le conjoint,

---

(1) Lyon, 18 novembre 1813. Sirey 1815. 2. 221.
Toulouse, 25 avril 1826. S. 1827. 2. 13.
Poitiers. 14 juin 1838. Dal. 1838. 2. 140.
Pau, 21 déc. 1844. S. 1845. 2. 455.
Montpellier, 14 juil. 1858. Dal. 1859. 2. 107.
Cas. 18 mars 1867. Dal. 1867. 1. 332... etc.
Voir cependant en sens contraire Cas. 18 juil. 1822. S. 1823. 1. 246.
Liège, 11 janv. 1883. Dal. 1884. 2. 62.
(2) Lyon, 22 décembre 1829. Dal. 1830. 2. 63.
Rouen, 16 juillet 1834. Dal. 1835. 2. 39, etc.

désirant en général garder la donation, souvent importante qui lui a été faite, aura plus de motifs de se décider en un sens que de l'autre et si, dans l'une de ces deux hypothèses, il devait y avoir atteinte à l'exercice d'une faculté légale, ne serait-ce pas plutôt dans ce dernier cas? Si, d'autre part, l'on envisage le but que se proposent d'atteindre ces différentes conventions, il est évident que ces sortes de donations tendent à empêcher les mariages, tandis qu'au contraire le courtage matrimonial cherche à les multiplier. Or, en validant les premières et en annulant le second, la jurisprudence nous paraît arriver à un résultat contraire à la fois au droit et à la morale : contraire au droit, car tout dans notre Code civil favorise les mariages qui peuvent être, sous certaines conditions toutefois, contractés à un âge où il est défendu de conclure aucune convention pécuniaire, où les cas de nullité sont moins nombreux et plus facilement prescriptibles, le contrat de mariage exigeant d'ailleurs moins de conditions de capacité ; notre loi tend du reste à les faciliter davantage de jour en jour (1) ; —

(1) C'est ainsi qu'une loi, tendant à modifier plusieurs dispositions légales relatives au mariage dans un sens favorable à son extension, vient d'être promulguée. Cette loi a eu pour base une proposition de M. l'abbé Lemire relative au consentement des parents au mariage et aux actes respectueux : l'article 151 du Code civil est modifié par l'article 7 de la nouvelle loi qui décide que désormais les garçons comme les filles pourront se marier sans le consentement de leurs parents passé vingt et un ans révolus, alors que les fils devaient, auparavant, attendre l'âge de vingt-cinq ans. Elle modifie aussi l'article 155 du Code civil, supprimant une procédure rendue quelquefois inexécutable par l'absence ou le décès des père et mère, et décide de plus qu'une seule publication sera désormais exigée, et

contraire à la morale, car si le célibat ne peut pas, à proprement parler, être considéré comme portant atteinte aux bonnes mœurs, c'est cependant un état contre nature qui expose aux désordres et à la débauche (1).

§ 3. — Clauses pénales en matière de promesses de mariage.

La jurisprudence annule encore comme portant atteinte au libre exercice d'une faculté légale la clause pénale en matière de promesse de mariage, par laquelle un fiancé promet une certaine somme d'argent pour le cas où il viendrait à manquer à sa parole. De nombreux arrêts décident que toute promesse de mariage est nulle, et, comme tel, doit être déclaré nul tout ce qui s'y rattache, spécialement les clauses pénales tendant à en assurer l'exécution (2).

Pas plus que la jurisprudence nous n'admettons la validité de pareilles conventions, mais il nous semble que celle-ci a tort de se placer pour les annuler au point de vue d'une entrave apportée à la liberté, car un fiancé qui a des raisons graves pour ne plus se ma-

---

qu'un mois (au lieu de six) de résidence dans la commune sera suffisant.

(1) C'est ce que dit très bien M. l'avocat-général Feuilloley dans ses conclusions devant la chambre des requêtes de la Cour de cassation (rapportées dans la *Gazette du Palais* du 14 nov. 1902) : « Tout dans nos lois est fait pour favoriser le mariage. L'état de mariage est l'état par excellence au triple point de vue religieux, *social et économique*. »

(2) Cas., 11 juin 1838. Sirey. 1838. 1. 494.
Poitiers, 29 mai 1834. S. 1834. 2. 354.
Douai, 3 décembre 1853 S. 1854. 2. 193.
Dijon, 10 février 1892. S. 1892. 2. 197.

rier avec celle qu'il avait choisie, aimera certainement mieux perdre la somme d'argent convenue que de contracter un mariage qui ne pourrait plus lui convenir.

D'autres raisons, d'après nous, suffisent à elles seules pour condamner de pareilles clauses. C'est tout d'abord une raison historique : en effet, outre la difficulté qu'éprouverait le juge à savoir par la faute de qui le mariage a été rompu, les promesses de mariage ont toujours eu de moins en moins de valeur dans notre droit et il est probable que le législateur n'ayant rien dit sur ce point a voulu simplement continuer à suivre la tradition. Comme en matière de courtage matrimonial, la jurisprudence reconnaît cependant certains effets à la promesse de mariage, relativement aux frais que l'un des fiancés a pu faire, croyant que le mariage aurait lieu ; s'il est rompu par la faute de l'autre, une indemnité peut être réclamée par lui à raison de ces frais.

Il y a un motif plus décisif encore pour repousser la validité des clauses pénales de ce genre : c'est que les juges sont obligés, en cas d'inexécution de la promesse, d'allouer exactement la somme fixée d'avance par les parties, sans pouvoir la diminuer, quelque exagérée qu'elle puisse paraître. Aussi ne pourrait-on guère comprendre qu'on les laissât ainsi s'engager dans des contrats peut-être extravagants et il vaut mieux annuler les clauses pénales, en matière de promesses de mariage, que les appliquer quand elles sont absolument immodérées, ainsi que les juges y seraient obligés d'après l'article 1152 du Code civil (1),

(1) Dans notre ancien Droit, la réduction de la clause pénale

article qui s'explique d'autant moins que la tradition lui est absolument contraire. Aussi faut-il souhaiter que l'article 1152 soit modifié par un alinéa, permettant au juge, comme dans l'article 343 du Code civil allemand (1), de réduire la clause pénale excessive pour cet unique motif qu'elle est en complète disproportion avec le préjudice causé au bénéficiaire de cette clause par le débiteur, sans qu'il soit besoin, pour cela, de recourir à l'article 1231 du Code civil qui, seul, confère aux tribunaux un pouvoir exceptionnel de réduction de la clause pénale.

à de simples dommages-intérêts fixés par le juge avait lieu fréquemment en matière de clauses de dédit insérées dans les promesses de mariage et le juge pouvait réduire la somme du dédit s'il la tenait pour excessive. C'est ainsi, pour ne citer qu'un exemple local rapporté par Raviot dans ses arrêts notables du parlement de Dijon, que Jean Leclerc, marchand gantier à Dijon, ne dut à Elisabeth Thétion que 500 livres au lieu 1.000 qu'il avait promises pour le cas où il ne voudrait pas se marier avec ladite demoiselle.

C'est là, du reste, ce que nous disent Dumoulin, contrairement à une ancienne opinion d'Azon, et Pothier, au numéro 315 de son *Traité des Obligations*. Malheureusement, lors de la rédaction du Code civil, on opposa ce droit de réduction des clauses pénales excessives au grand principe de la liberté de contracter tel qu'il était reconnu par le Code et ce fut la liberté de convention qui l'emporta. Le juge se vit privé du droit de modifier les clauses pénales par cela seul qu'elles étaient exagérées, les conventions légalement formées tenant lieu de loi à ceux qui les ont faites.

(1) Article 343 C. civ. allem. : Si la peine encourue est hors de proportion avec le dommage, le débiteur peut demander la réduction par jugement à la somme convenable. Dans l'appréciation de cette somme, on prend en considération non seulement l'intérêt pécuniaire, mais tout intérêt légitime du créancier, Après le paiement de la peine, toute demande en réduction est exclue. Il en est de même pour le cas où quelqu'un promet une peine pour le cas où il ferait ou omettrait un acte.

§ 4. — Impossibilité de trouver une atteinte à la liberté dans le courtage matrimonial.

Du reste, même si l'on adoptait la thèse que nous venons de combattre sur l'idée que la jurisprudence paraît se faire de la liberté humaine, nous croyons cependant qu'il serait contraire aux principes généralement admis de se baser sur des considérations de cette sorte pour annuler le courtage matrimonial. Quand, en effet, un particulier a reçu de l'argent pour passer un contrat, il n'y a pas vice du consentement et le contrat n'est pas annulé (1). Comment, dès lors, pourrait-on déclarer qu'il n'y a atteinte à la liberté du moment que l'on admet qu'il y a même pas vice du consentement ? La jurisprudence fait d'ailleurs une application intéressante de cette idée, en validant les donations faites à condition de se marier avec une personne déterminée (2), application qui ne pouvait

---

(1) Il n'en est pas moins certain, du reste, que le contrat de courtage est annulable comme tous les autres si le consentement de l'une des parties est entaché d'un vice. Tel serait, par exemple, le cas où les manœuvres frauduleuses du courtier auraient conduit le client à le charger des démarches.

(2) En ce sens, Bordeaux, 25 juillet 1838. *Pandectes*, 1839. 1. 29.

Cour de Lyon, 27 mars 1868. Sir. 1868. 2. 307.

V. cependant en sens contraire un arrêt de la Cour de Corse du 2 juin 1828. Dall. 1828. 2. 250.

Solution d'ailleurs conforme au Droit romain et à la doctrine adoptée par les auteurs. Cf. à ce sujet :

Ricard : *Des Donations*, t. II, ch. 5, n° 257.

Furgole : *Des Testaments*, t. II, ch. 7, n° 81.

Merlin : *Répertoire*, v° condition, section 2, § 3, n° 4.

Toullier, t. VI, n° 611.

du reste guère être évitée en présence de l'article 1088 : la loi, en sous-entendant cette condition dans certains contrats, démontre, par ce fait même, qu'elle est licite. Il n'en est pas moins évident qu'il est vraiment bizarre de voir la jurisprudence annuler le courtage matrimonial comme portant atteinte à l'exercice d'une faculté légale, à la liberté du mariage, et admettre d'autre part que cette atteinte n'existe pas dans l'hypothèse d'une donation faite à condition de se marier avec une personne déterminée.

Troplong : *Donations et Testaments*, t. I, n° 330.
De même : Delvincourt : t. II, p. 400.
Duranton : t. VIII, n° 125.
Larombière : *Des Obligations*, t. II sur l'art. 1172, n° 31.
Aubry et Rau, d'ap. Zachariae, t. VI, § 692, p. 5.
Demolombe : *Donations et Testaments*, t. I, n° 254.

CHAPITRE II

Caractère immoral

A côté de la raison juridique de la cause illicite, mise en avant, d'une façon unanime, par les nombreux arrêts qui condamnent le courtage matrimonial, la plupart d'entre eux donnent une raison morale : c'est qu'un engagement où chaque époux apporte avec ses biens, sa personne même et sa vie tout entière et « qui touche aux intérêts les plus élevés de la famille et de la société dont il est la base essentielle (1) » doit reposer uniquement sur la mutuelle affection des époux et qu'il ne faut pas que l'intervention d'un agent rétribué y mêle des idées de spéculation et de trafic.

Nous sommes les premiers convaincus que lorsque deux époux s'unissent pour, selon l'expression de Portalis, « porter le poids de la vie et supporter leur commune destinée », ils doivent avant tout y être déterminés par l'affection réciproque et le penchant

---

(1) Arrêt de cassation du 1er mai 1855 qui exprime particulièrement nettement cette idée. Cet arrêt eut, du reste, une très grande influence sur la jurisprudence postérieure, puisqu'il la fixa pendant plus d'un demi siècle. La Cour de Poitiers, dans son arrêt du 9 mars 1853, confirmant un jugement du tribunal de Niort, déclarait également « qu'au point de vue de la morale, le mariage, qui est le lien le plus important de la vie, doit en être aussi le plus sain et le plus sacré. ».

mutuel qu'il éprouvent l'un pour l'autre, mais, pour pouvoir ainsi condamner les « idées de spéculation et de trafic » des entremetteurs de mariage, il faudrait pouvoir affirmer que les époux eux-mêmes ou leurs parents ne se laissent jamais guider par ces mêmes idées. Or il est certain que les époux considèrent comme légitimes les inspirations de cette nature, que trop souvent même celles-ci sont prédominantes et que, dans bien des cas, ce sont des motifs d'intérêt qui les décident à contracter cette « indissoluble société » dont parle l'arrêt de 1855. Il ne faudrait pourtant pas exagérer et conclure avec le tribunal de Lisieux qu'aujourd'hui « le mariage est devenu une affaire », mais il suffit pour détruire l'argumentation de la cour de cassation de constater que le mariage n'est pas, pas plus de nos jours qu'en 1855, basé uniquement sur un « attrait réciproque » mais que les considérations pécuniaires y occupent une certaine place, plus ou moins prépondérante, qu'il faut, en tout cas, forcément régler et pour laquelle il sera même souvent préférable de recourir à l'intermédiaire d'un courtier de façon à ne pas traiter soi-même un sujet quelque peu délicat. Qu'y a-t-il donc dès lors de choquant à rémunérer ce tiers alors que les époux eux-mêmes ont été plus ou moins guidés par leurs intérêts pécuniaires, par la fortune réciproque de l'un et de l'autre? Il ne faudrait pas croire d'ailleurs, comme semble le faire le tribunal de Lisieux, que le mariage d'argent soit particulier à notre époque : les satiriques de tous les temps nous en ont parlé.

Du reste, ces considérations pécuniaires guideront souvent les époux alors qu'ils n'auront aucunement recours à l'intermédiaire d'un courtier matrimonial,

recours qui n'implique pas forcément, par lui-même l'intention de faire passer avant tout ces considérations, et qui a fort bien pu être sollicité uniquement par suite d'un manque de relations ou pour toute autre raison. La jurisprudence n'aura alors aucun moyen d'action pour les flétrir : à quoi donc, dès lors, sert-il de sévir contre le courtage matrimonial ?

D'ailleurs, si les clients du courtier n'ont eu, en ayant recours à ses services que des préoccupations de cette nature, en cherchant dans le mariage une source de bénéfices, ne sont-ils pas alors beaucoup plus coupables que le courtier lui-même qui, somme toute, se contente de tirer profit d'une profession avouée et patentée, et serait-il juste de les faire bénéficier d'une véritable faveur en leur permettant de refuser un engagement qu'ils avaient librement contracté à l'égard du courtier : la violation de la morale ne serait-elle pas alors de leur côté ?

N'est-il pas regrettable, à une époque où l'institution du mariage semble subir une crise grave et où les divorces augmentent de plus en plus, d'annuler un contrat de nature à faciliter des unions sérieuses sous prétexte qu'il est salarié ?

M. Wahl, remarquant que le divorce n'existait pas en 1855, y voit aujourd'hui une raison pour admettre la validité du courtage matrimonial : sans doute, dit-il, le courtier se borne le plus souvent à rapprocher les parties l'une de l'autre et exerce son influence d'une façon licite, mais on conçoit que dans un contrat où tout est irréparable la crainte des abus soit assez forte pour en prohiber l'usage. Aujourd'hui, au contraire, où on peut dissoudre l'union contractée, quand elle est malheureuse, l'immixtion d'un tiers

rétribué a moins d'inconvénients encore que par le passé. M. Wahl va même jusqu'à expliquer de cette façon la divergence d'opinion entre le droit romain et l'ancien droit, le divorce étant admis en droit romain non dans l'ancien droit, et prétend que si la jurisprudence a continué à annuler le courtage matrimonial après le rétablissement du divorce, c'est uniquement par respect pour la tradition. L'arrêt de 1855 y faisait en tout cas une allusion très nette : « Le mariage étant dans le système de notre législation un engagement irrévocable », de même que le rapport de M. le conseiller Laborie, et la Cour de Poitiers, en 1853, s'appuyait également sur cette considération « que de pareilles manœuvres sont d'autant plus coupables..... que le mariage une fois accompli et l'illusion une fois détruite, les regrets sont inutiles et le mal sans remède ». La jurisprudence étrangère, elle aussi, s'est parfois laissé influencer par cette idée, et un arrêt de cassation de Turin du 25 septembre 1883 (1) y insiste particulièrement « attendu que l'indissolubilité absolue et la suprême importance de l'union conjugale lui imposent des règles spéciales en rapport avec sa fin ».

Nous ne nous appuierons cependant pas sur cet argument ; on tend trop, en effet, aujourd'hui, à considérer le divorce comme une situation normale, alors qu'il doit, d'après nous, être envisagé comme une situation exceptionnelle destinée à mettre fin à des unions où la vie en commun est devenue impossible. D'ailleurs, pour la femme surtout, un premier mariage suivi d'un divorce peut être très préjudiciable

(1) Sirey, 1884. 4. 20.

et une union mal assortie garde toujours quelque chose d'irréparable. Cette extension croissante du divorce ne constituerait-elle pas plutôt un danger à cet égard ? Les considérations d'intérêt seraient, semble-t il, plus à craindre de la part du conjoint qui a eu recours à l'intermédiaire du courtier, et qui, le plus souvent, est le mari, car il pourrait alors en faire une sorte de trafic, divorcer après avoir dissipé la dot de sa femme et contracter de la même façon un autre mariage avantageux. Il est évident que, plus le divorce serait admis facilement, plus ce danger serait à craindre, et, s'il est peu sérieux aujourd'hui encore, il deviendrait très grand si l'on en arrivait au divorce par simple répudiation.

Néanmoins, il nous semble qu'il y a, par ailleurs, dans cette facilité de divorcer un argument moral certain à tirer en faveur de notre thèse : c'est que la jurisprudence est illogique quand elle vient condamner le courtage matrimonial en invoquant le caractère sacré du mariage, c'est qu'elle ne devrait plus s'appuyer aujourd'hui sur cette considération qui a séduit la Cour de cassation en 1855, car, s'il était exact alors, il n'est vraiment plus guère de mise de nos jours. Il est un fait que nous devons constater : c'est qu'il y a eu une évolution dans nos mœurs et que la jurisprudence, qui, d'une façon générale, s'appuie plus que la loi sur la pratique, ne peut plus guère admettre et continuer à suivre aujourd'hui les raisons données dans son rapport par M. le Conseiller Laborie : « Le mariage, disait-il, n'est plus aujourd'hui ce qu'il fût autrefois à Rome, avec ses facilités de répudiation et de divorce, avec ce caractère de spéculation et de trafic que lui avaient imprimé les lois *Julia de Mari-*

tandis ordinibus et Pappia Poppœa, dans leur préoccupation contre les tendances toujours croissantes du célibat. Le christianisme releva peu à peu le mariage de cet état de dégradation et d'abaissement. Il voulût que le mariage fût le résultat d'une vocation libre, qu'il s'épurât au feu de la grâce, et que, s'élevant à la dignité d'un sacrement dans l'ordre spirituel, il fut un lien indissoluble dans la loi. C'est ainsi qu'au système matérialiste fondé par la législation païenne sur la base unique de l'intérêt, se substitua par degrés le système spiritualiste sur la moralité du mariage. L'union de l'homme et de la femme a pris, par le mariage chrétien, un caractère chaste et moral qu'elle n'avait jamais eu auparavant. Ce caractère, elle le conserve dans nos mœurs qui persistent heureusement à avoir une foi profonde dans la sainteté du mariage, dans son utilité sociale, dans cette réciprocité de devoirs attachés à un engagement de toute la vie (1). »

Si, à ces idées de 1855 sur l'indissolubilité et la sainteté du mariage, idées qui ont, en grande partie, décidé alors les juges à condamner le courtage matrimonial, nous opposons les mœurs actuelles sur ce point, il est facile de nous convaincre, par le mouvement juridique de ces dernières années, que, si nous sommes loin encore du divorce unilatéral prôné par quelques-uns, nous approchons du moins du divorce par consentement mutuel. Une proposition de loi de M. Louis Martin, dont le rapporteur est M. Violette, tendant à son rétablissement, doit d'ailleurs venir prochainement en discussion devant la Chambre. Le

(1) Dalloz, 1855. 1. 147.

24 janvier 1907, elle adoptait une loi, votée également le 9 mars 1908 par le Sénat, permettant à ceux qui sont séparés de corps depuis trois ans de faire transformer, de plano, par les tribunaux, leur séparation de corps en divorce.

La femme divorcée ne pouvait, d'autre part, se remarier qu'au bout de dix mois ; c'est encore le cas aujourd'hui, mais d'après une loi du 13 juillet 1907, le point de départ en est changé : il court non plus du jour de la prononciation du divorce mais de la première comparution devant le juge, comparution à la suite de laquelle il y a résidence séparée des époux, si bien qu'une femme divorcée pourra parfois se remarier le lendemain de son divorce. Un peu auparavant, le 15 décembe 1904, M. Cruppi faisait voter une loi qui abroge les dispositions de l'article 298 en ce qui concerne le complice de la femme adultère qui peut désormais se marier avec elle.

La jurisprudence suit ici fidèlement l'esprit de la loi et accorde le divorce avec une grande facilité.

N'y a-t-il pas dès lors quelque inconséquence de sa part à continuer à s'appuyer, pour condamner le courtage matrimonial, sur l'indissolubilité et le caractère sacré du mariage, à admettre en un mot que le mariage « s'élevant à la dignité d'un sacrement spirituel fut un lien indissoluble dans la loi » ?

Du reste, nous élevons très haut, quant à nous, la dignité du mariage, mais nous ne voyons pas là une raison suffisante pour condamner le courtage matrimonial bien compris et loyalement exécuté. En quoi donc cette dignité se trouvera-t-elle froissée parce qu'un intermédiaire aura fait réussir quelques entrevues entre deux personnes qui ne se connaissaient

pas et qui toutes deux désiraient se marier? Il nous semble, au contraire, plus moral d'aider au développement du mariage que de favoriser l'extension du divorce.

Si l'on admettait d'ailleurs que la convention stipulée avec le courtier est contraire à la morale, il serait difficile de suivre jusqu'au bout les conséquences logiques de ce système, car il faudrait alors décider que le contrat relatif à l'insertion d'annonces matrimoniales dans un journal serait également illicite. Or, les tribunaux ne peuvent guère aller jusque-là et se refuseraient certainement à considérer, en règle générale, comme juridiquement illicite le contrat relatif à l'insertion d'un avis dans lequel une personne fait connaître son désir de contracter mariage.

TITRE II

Raisons qui ont pu influencer la Jurisprudence

CHAPITRE PREMIER

Discrédit à l'égard des agents d'affaires en général et des courtiers matrimoniaux en particulier

Ainsi les raisons données par la jurisprudence pour condamner le courtage matrimonial, tant au point de vue juridique qu'au point de vue moral, ne semblent pas bien sérieuses.

Au fond, la Jurisprudence a dû être influencée par d'autres considérations, considérations qu'elle ne pouvait du reste difficilement indiquer. Elle suit, en effet, souvent l'opinion publique. Or, devant cette opinion, les agences d'affaires en général, et spécialement les agences matrimoniales, sont certainement vues très défavorablement : le « rien des agences » qui se retrouve continuellement dans les propositions de toute sorte faites à la quatrième page des journaux, montre assez le peu de crédit dont elles jouissent en général. Les raisons de cette défaveur tiennent en

grande partie, semble-t-il, au vague de ce mot « agences », nom sous lequel se dissimulent certaines entreprises plus ou moins louches : officines organisant des adultères simulés pour arriver plus facilement au divorce, individus se présentant au baccalauréat pour le compte de leurs clients..., etc... Toutes ces agences sont dirigées par des personnes trop souvent peu recommandables, ce qui tient à la liberté indéfinie et aux branches nombreuses de cette industrie qui la rendent accessible à tous ceux que des causes défavorables, quelquefois même des causes disciplinaires, ont fait exclure des autres professions.

Cette raison suffit à expliquer pourquoi les agents d'affaires sont habituellement si peu considérés, surtout par certaines classes de la société auxquelles ils font en outre une concurrence plus ou moins efficace : c'est ainsi que la « Revue pratique de notariat » (1) dit au sujet de l'agent d'affaires qu' « il n'exerce pas un ministère ; c'est un mandataire qui fait au besoin la chasse au mandat et prend toutes les affaires telles qu'elles se présentent, bonnes ou mauvaises, honnêtes ou véreuses. Tout lui convient pourvu qu'il atteigne ce but : gagner de l'argent en faisant des affaires et il en fait malgré tout ». D'autre part, les avocats estiment que le seul fait d'avoir exercé cette profession créé pour l'avenir un obstacle à l'accès du barreau ; (2)

---

(1) Année 1881, p. 690.

(2) L'article 42 de l'ordonnance du 20 avril 1822, en déclarant les agents d'affaires exclus de la profession d'avocat, bien qu'il n'ait fait en cela que se conformer à l'ancienne discipline du barreau, a paru, aux yeux de quelques-uns, les frapper d'indignité : mais c'est là une induction puérile, la profession d'avocat étant incompatible avec la plupart des autres professions.

il n'est pas jusqu'aux agréés des tribunaux de commerce, qui pourtant ne sont en somme que des agents d'affaires, au sens légal du mot, qui ne repoussent toute assimilation avec eux.

Mais si les agences d'affaires sont toutes quelque peu décriées, ce sont encore les agences matrimoniales qui ont été le plus attaquées : un opuscule humoristique de Pierre Simplice, sur « Les agences de mariage », paru en 1885, se terminait par une appréciation peu flatteuse à leur égard :

« Ne laissons pas, disait-il, entrevoir la possibilité d'agences utiles ou honnêtes ; il n'y en a pas et il ne saurait y en avoir », et l'auteur terminait en proposant une mesure radicale : c'était tout simplement « d'envoyer les marieuses à Saint-Lazare ! »

Bien d'autres articles ont d'ailleurs été écrits contre ces agences, prétendant que, sous prétexte d'établir des rapprochements entre les familles sans relations, elles n'ont pour but réel que d'extorquer le plus d'argent possible aux naïfs et aux désillusionnés en ayant recours à toutes les escroqueries possibles pour arriver à leurs fins.

Il est malheureusement vrai que, trop souvent, de prétendues agences matrimoniales ne sont au fond que des officines de prostitution (1), qui sous le mot vague « d'unions » déterminent des relations quelque peu éphémères. C'est ainsi que M. le sénateur Bérenger, toujours prêt à défendre la morale outragée, signalait au gouvernement, dans la séance du 8 avril

---

(1) Telle l'agence matrimoniale qui nous est dépeinte dans un tout récent vaudeville : « Tourtelin s'amuse », de MM. Kéroul et Barré.

1897, la publicité donnée aux annonces dans le genre de celles-ci :

Jeune femme du monde, ne se suffisant pas, désire union sûre avec monsieur aisé. »

« Jeune homme de vingt-cinq ans désire connaître pour union désintéressée une femme de quarante ans. »

Dans plusieurs journaux de Paris on voit d'ailleurs sous la rubrique « Mariages » paraître de nombreuses annonces conçues en termes à peu près identiques.

Mais, s'il y a des agences de cette sorte, il y en a aussi de loyales, qui rendent et rendront encore de réels services,et M. Poincaré nous dit,dans un article de la grande encyclopédie, qu' « il est beaucoup d'agents d'affaires honnêtes et scrupuleux qui simplifient les affaires au lieu de les embrouiller et sont pour leurs clients des conseils précieux et dévoués. »

D'ailleurs, s'ils commettent des escroqueries à l'égard de leurs clients, ceux-ci ne seront pas dépourvus de toute protection et ils n'auront qu'à invoquer l'article 405 du code pénal, qui, outre de fortes amendes, condamne de un à cinq ans de prison :

« Quiconque, en employant des manœuves frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises, de pouvoirs ou d'un crédit imaginaire, pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique, se sera fait remettre ou délivrer ou aura tenté de se faire remettre des fonds... »

Quoiqu'il en soit,ce n'est pas une raison parce qu'il y a des exceptions regretables pour que l'on puisse condamner en bloc toute une institution, qui, bien comprise, peut présenter de grands avantages, et

être fort utile. Malheureusement, ainsi que le remarque M. Leroy Beaulieu : « Il est une habitude de juger commode à notre paresse qui nous fait condamner ou absoudre en gros toute une époque, toute une profession, toute une classe sociale, tout un peuple, toute une race. C'est la théorie du bloc si chère aux esprits passionnés et aux esprits superficiels... (1) ». Cette réflexion qui, dans l'esprit de son auteur, s'appliquait à la Bourse, mais est toute aussi vraie en notre matière, étant donnée cette habitude si conforme à l'esprit humain de louer ou de condamner quelque chose d'une façon absolument générale

Aussi, rien d'étonnant à ce que la jurisprudence qui suit les mœurs, les habitudes d'une époque, s'inspire souvent beaucoup de la pratique et se laisse quelquefois même guider par l'opinion dominante, ait été, elle aussi, amenée à annuler sans distinction tout courtage matrimonial quel qu'il soit.

Mais les mœurs changent, les habitudes se modifient, l'opinion se transforme et l'on reconnaît aujourd'hui que ces agences peuvent être utiles puisque le public a de plus en plus recours à elles et que leur nombre augmente de jour en jour. Il n'y a pas maintenant de ville un peu importante qui ne possède une ou plusieurs de ces agences, et, d'après Larousse (2) et M. Duval (3), il y en aurait plus de cent à Paris connues de la police et réparties en trois

---

(1) *Revue des Deux-Mondes* du 15 décembre 1897.

(2) Larousse. Deuxième supplément au *Dictionnaire*, v° Agences.

(3) Série d'articles parus dans *Le Jour*, à partir du 28 juin 1896, sous la signature de M. Georges Duval.

classes, suivant le rang des personnes qu'elles mettent en relations.

Les mœurs ne sont également plus, nous l'avons vu, celles signalées en 1855 dans le rapport de M. le conseiller Laborie et tout nous porte à croire que l'évolution en faveur de la validité du courtage matrimonial qui se manifeste aujourd'hui très nettement dans l'esprit de certains tribunaux et de quelques cours d'appel, s'accentuera désormais de plus en plus. La Cour de cassation semble également moins ferme à son premier arrêt nettement défavorable au courtage matrimonial, elle substitue, en 1904, un arrêt uniquement d'espèce ne se prononçant pas sur la question de principe. Un troisième arrêt se prononcera peut-être en faveur de notre thèse. Ce faisant, la Cour de cassation suivrait d'ailleurs la Doctrine qui compte tous les jours des partisans de plus en plus convaincus et de plus en plus nombreux de la validité du courtage matrimonial (1).

Quoi qu'il en soit, cette idée de méfiance à l'égard des agences est même quelquefois si forte que certains auteurs, M. Demolombe (2) entre autres, semblent

---

(1) Nous avons vu que dans un tout recent article paru dans le Dalloz de 1908, M. Planiol, après MM. Baudry-Lacantinerie, Wahl, etc., se prononçait très nettement en ce sens.

(2) Demolombe. *Cours de Droit civil*, t. XXIV, n° 335.

« Il ne s'agit pas, dit-il, de savoir si une personne peut accepter le droit de faire dans l'intérêt d'une autre les démarches nécessaires en vue d'un mariage projeté ou désiré : l'affirmative est évidente. C'est là certainement un mandat licite qui peut même, comme tout mandat, n'être pas gratuit ; car il n'y a pas de motifs pour que ce mandataire ne reçoive pas légitimement non seulement le remboursement de ses dépenses, mais encore une indemnité à raison du temps et des soins qu'il

distinguer les mariages préparés par des courtiers de profession et ceux qui le sont par un intermédiaire d'occasion, qui, dans un cas particulier, et pour tirer profit de relations qu'il entretient avec une famille déterminée, stipule que s'il arrive à faire contracter mariage à une personne qui s'est adressée à lui, celle-ci lui remettra une certaine somme (c'est d'ailleurs l'hypothèse envisagée par plusieurs décisions de jurisprudence) et veulent restreindre la nullité du courtage matrimonial au cas où il serait exercé d'une façon professionnelle.

Il nous semble impossible, au point de vue juridique, de distinguer entre ces deux cas, et la jurisprudence elle-même ne fait pas cette distinction : qu'importe, en effet, que celui qui s'est entremis dans un mariage moyennant rétribution ait l'habitude de le faire, où qu'il ne l'ait fait, au contraire, que par suite de circonstances tout à fait accidentelles ! Il nous semble même que l'entremise d'un courtier professionnel, dont tous connaissent le mobile intéressé, sera parfois plus loyale que l'entremise d'un ami auquel on a promis une rémunération s'il fait

---

aura donnés à l'exécution de son mandat. Oui, sans doute, un tel contrat est valable s'il s'agit d'un vrai mandataire qui se borne à interposer loyalement ses bons offices dans une négociation matrimoniale, et dont les droits et les obligations doivent demeurer les mêmes, soit que cette négociation réussisse, soit qu'elle échoue. Mais tel n'est pas le mandataire dont nous occupons : celui que nous voulons mettre en scène c'est l'entremetteur de profession, le proxénète, qui promet à forfait de faire réussir un mariage sous cette seule condition qu'il n'aura droit qu'à un salaire minime, ou même qu'il n'aura droit à aucun salaire si le mariage manque ou même qu'il aura droit à une prime si le mariage réussit. »

réussir un mariage et qui, le plus souvent laissera ignorer le but intéressé qui le fait agir.

Quant à nous, faisons seulement une distinction fondamentale. Plaçons, d'une part, les agences matrimoniales bien comprises, parfaitement honnêtes et honorables, qui peuvent rendre de réels services en faisant conclure un grand nombre de mariages qui, sans elles, n'auraient probablement jamais eu lieu (le fait de s'adresser à un courtier n'indique-t-il pas suffisamment l'impossibilité d'arriver à contracter un mariage par soi-même?) ; — et d'autre part, ces officines plus ou moins louches où de vieilles proxénètes, s'abritant derrière le mot de mariage, ne cherchent qu'à faire conclure des unions éphémères moyennant d'honnêtes rétributions pour prix de leurs ignobles services. Il serait beaucoup plus juste, nous semble-t-il, que les tribunaux ne repoussent pas *a priori* toute demande de salaire faite par un courtier matrimonial et établissent eux-même une distinction de ce genre. Ils réserveraient alors toute leur sévérité pour les officines de bas étage, mais ils ne refuseraient pas d'accorder une indemnité à ceux qui ont loyalement accompli le mandat qui leur était confié, et déterminé, grâce à leurs bons offices, le mariage de leur client.

CHAPITRE II

Sous certains régimes matrimoniaux, c'est la femme qui paie la somme promise au courtier par son mari.

SECTION PREMIÈRE

INFLUENCE DE CETTE IDÉE SUR LA JURISPRUDENCE. SES ATTÉNUATIONS DANS LA PRATIQUE. REMÈDE A ADOPTER

Indépendamment de cette défiance très réelle de la jurisprudence à l'égard des courtiers matrimoniaux, il existe une autre raison plus profonde qui a dû également l'influencer défavorablement contre eux, raison qu'elle pouvait d'ailleurs difficilement formuler, sans adresser de critique à notre Code : c'est que, sous certains régimes matrimoniaux, tout au moins, c'est en somme la femme qui paie la rémunération promise au courtier avant le mariage par son futur mari. Quelquefois, en effet, celui qui a recours aux services d'un courtier n'a pas de fortune personnelle, et, ambitionnant la fortune d'une jeune fille déterminée, promet au courtier cinq pour cent, par exemple, de la dot de celle-ci si le mariage est célébré, de sorte que, en définitive, si du moins les époux sont mariés sous le régime de la communauté

légale, leurs dettes mobilières antérieures à la célébration du mariage tombant en communauté, c'est la femme qui paiera le prix du courtage promis par son mari. Cet inconvénient sera encore plus sensible si les époux sont mariés sous le régime de communauté universelle qui achève de soumettre à l'absolue discrétion du mari les biens de la femme et où le mari acquérera le droit de disposer de tout le patrimoine tombé dans la communauté (art. 1421, 1422), droit qui ne pourra subir par la suite aucune modification.

§ 1. — Objection peu exacte sous la plupart des régimes matrimoniaux.

Mais, nous allons voir, cependant, que, tout d'abord, ce fâcheux résultat est à peu près évité sous le régime de communauté réduite aux acquêts, le regime de séparation de biens et le régime dotal, et que, sous le régime de communauté légale, il y est fort atténué par ce fait que la communauté a une action en indemnité contre le mari qui a payé en deniers communs son courtier matrimonial.

Cet inconvénient n'existera pas, en effet, sous le régime de communauté réduite aux acquêts, dans lequel les époux sont censés exclure de la communauté les dettes de chacun d'eux, d'où il résultera que la dette contractée envers le courtier par le futur mari lui restera propre après le mariage.

Sous le régime de séparation de biens, la femme conserve la libre administration de tous ses biens, meubles et immeubles, et elle ne contribue aux dépenses et aux charges du ménage que dans les limites fixées par le contrat de mariage. S'il n'y a pas de

convention à cet égard, elle contribuera jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus aux dépenses du ménage (art. 1537), mais n'aura rien à supporter des dettes antérieures au mariage comme celle contractée par son mari à l'égard du courtier matrimonial.

Sous le régime dotal également, le mari, s'il a l'administration de la dot et le droit de faire tout ce qui peut tendre à l'administration des biens qui la constituent, ne peut aller plus loin et compromettre la dot même avec le consentement de la femme. En ce qui concerne les biens paraphernaux, ils pourront sans doute être employés par le mari pour payer le courtier matrimonial, mais il faudra alors que la femme y ait formellement consenti.

§ 2. — Objection plus sérieuse sous le régime de communauté légale.

Mais, sous le régime de communauté légale, il est certain que nous arrivons parfois à un résultat véritablement choquant d'une femme payant le droit de courtage promis, le plus souvent à son insu, par son futur mari à un agent matrimonial.

Prenons une hypothèse pratique : Primus, qui est ruiné, ambitionne d'épouser Secunda, riche héritière ; aussi promet-il à Tertius, courtier matrimonial, une somme de cinq pour cent sur la dot de celle-ci si son mariage réussit. Le courtier, stimulé par la grosse somme qui lui a été promise, fait les démarches nécessaires et parvient à faire réussir le mariage projeté par son client. Mais, une fois le mariage conclu, il ira trouver son client Primus et lui réclamera la somme promise sur la dot de Secunda (dot que nous suppo-

sons être principalement mobilière, ce qui est, du reste, le cas le plus fréquent aujourd'hui), de sorte qu'en définitive ce sera la femme qui paiera la somme promise au courtier par son mari sans qu'elle en sache rien, car, le plus souvent, on le lui aura soigneusement caché. La jurisprudence, nous le verrons plus loin, a même admis que, dans certains cas, il y avait là une injure grave faite à la femme, lui permettant de demander le divorce, divorce qui ne protègera d'ailleurs aucunement ses intérêts pécuniaires et qui ne constituera qu'une réparation morale, une sorte de vengeance contre le mari.

Le mari, juridiquement parlant, contribuera pour moitié au paiement fait au courtier, puisqu'il est à ce moment également possesseur des biens de la communauté, mais les apports ayant été faits par la femme, c'est, en définitive, celle-ci qui supportera entièrement la dette.

C'est, qu'en effet, sous ce régime, toutes les dettes des époux antérieures au mariage tombent en communauté. La loi fait une distinction parmi les dettes dont les époux sont grevés au jour du mariage, celles qui sont mobilières entrant en communauté afin d'y suivre l'actif mobilier (1) (art. 1409, 1er alinéa). Cette règle a été édictée pour établir l'équilibre entre le passif et l'actif, les meubles acquis avant le mariage tombant en communauté, alors qu'en font partie seulement les immeubles acquis pendant le mariage. Mais, de nos jours, l'équilibre est absolument rompu et, sur

---

(1) C'est là une survivance de notre ancien Droit français où, selon la formule de Loysel : « celui qui épouse le corps épouse les dettes ».

ce point, notre code est bien suranné. Sous l'empire de nos lois modernes, les dettes mobilières, en effet, existent à peu près seules, et pour peu que l'un des époux possède un ou plusieurs immeubles, il n'y a plus aucune concordance entre ce que la communauté gagne en fait d'actif et ce qu'elle supporte en fait de passif. Avec l'énorme développement pris aujourd'hui par la fortune mobilière, si les immeubles constituent encore une part appréciable de la fortune des particuliers, imagine-t-on bien une dette immobilière ? Prenons, par exemple, les dettes du mari antérieures au mariage, puisque ce sont celles-ci qui nous concernent actuellement : seules les dettes immobilières lui resteront propres. Or, pour trouver des dettes de ce genre, il faudrait établir des hypothèses devenues de nos jours à peu près chimériques : supposer, selon l'exemple donné par M. Planiol, une vente faite par le mari non encore exécutée de terrains en quantité déterminée à prendre dans un lot plus considérable lui appartenant, comme une vente de cent hectares à prendre dans une concession coloniale, et encore serait-ce là plutôt une diminution prochaine de sa fortune qu'une dette à proprement parler !

Aussi, la communauté se trouve, en fait, tenue de tout le passif alors que, le plus souvent, une bonne part de la fortune des époux lui échappe, ce qui produit parfois des résultats iniques. Un mari, par exemple, très fortement endetté, et ayant, d'autre part, une fortune composée exclusivement d'immeubles, conservera personnellement tous ses biens et fera payer la moitié de ses dettes (qu'elles aient été contractées à l'occasion d'un courtage matrimonial ou de tout autre motif) par sa femme, et encore paiera-t-il l'autre

moitié avec des valeurs de communauté et non avec ses biens propres ; c'est inadmissible, et c'est là pourtant le résultat auquel nous conduit notre Code civil.

§3. — Remède à adopter

Aussi est-il nécesssaire de remédier à la situation vraiment fâcheuse dans laquelle la femme se trouve ainsi engagée. Mais il neus semble que le remède à employer ne doit pas consister, comme le fait la jurisprudence, à déclarer le courtage matrimonial illicite, de façon à ce que la femme ne soit pas obligée de payer le prix convenu entre son mari et le courtier. Outre la rareté du cas, les courtiers matrimoniaux, sachant le peu d'estime que témoignent les tribunaux à leur égard, ayant bien soin de se faire donner des provisions, ce ne serait envisager là qu'une très faible partie du problème à résoudre.

Aussi serait-il désirable que le législateur établît, dans des cas semblables, une action en indemnité de la femme contre le mari. Peut-être pourrait-on même adopter une mesure tout à fait générale et déclarer, que, sous le régime de communauté légale, chaque époux devra supporter seul toutes les dettes contractées par lui antérieurement au mariage.

SECTION II

LA JURISPRUDENCE CONSIDÈRE MÊME DANS CERTAINS CAS LE FAIT POUR LE MARI D'AVOIR EU RECOURS A UN COURTIER COMME UNE INJURE GRAVE FAITE A SA FEMME.

La jurisprudence a dû d'autant plus se laisser guider par ces considérations qu'elle va même parfois jusqu'à reconnaître que le fait pour le mari de s'être adressé à un courtier matrimonial sachant qu'il ne pourrait le payer que sur la fortune de sa femme, constitue à l'égard de la femme une injure grave de nature à entraîner le divorce.

C'est ainsi qu'un arrêt de la cour de Paris du 10 août 1892 (1) décide que : « si en principe, le fait de s'être marié par l'entremise d'une agence ou de tout autre intermédiaire, dont les services sont rémunérés par un salaire ou une commission, ne constitue pas une injure grave sur laquelle, après le mariage, l'autre époux puisse se fonder pour demander la séparation de corps, il en est autrement lorsque le mari, sans connaître aucunement celle qui devait être sa femme, a discuté et souscrit la commission à lui demandée, *qu'il se savait dans l'impossibilité de payer sur ses ressources personnelles et qu'il ne pouvait acquitter que sur la fortune de sa femme.* »

« Il importe peu que la souscription de la reconnaissance signée par le mari à titre de commission pour la négociation du mariage, soit antérieure au

---

(1) Paris, 10 août 1892. Sirey. 1893. 2. 242.

mariage, si l'injure qui en résulte pour elle n'a été connue et ressentie par elle qu'au cours du mariage dans des conditions qui en agravaient singulièrement la portée, la reconnaissance signée par son mari ayant donné lieu à un procès à la suite duquel elle a été annulée comme ayant une cause illicite ».

Les circonstances de l'affaire soumise à la Cour étaient d'ailleurs tout à fait particulières : il s'agissait d'un homme de cinquante neuf ans, ayant fait de mauvaises affaires, qui désirait se marier avec une veuve de soixante-quatorze ans possédant deux millions, et qui, à l'insu de celle-ci, avait souscrit à un courtier matrimonial une reconnaissance de cent mille francs en cas de réussite du mariage (1). L'arrêt de la Cour de Paris reconnaît d'ailleurs qu'en principe l'intervention d'un tiers, chargé de négocier le mariage moyennant une commission, ne constitue pas de la part de celui des époux qui a accepté l'intervention de ce tiers et lui a promis une rémunération, une injure grave dont l'autre époux puisse se prévaloir pour demander la séparation de corps. Mais des circonstances particulières pourront cependant dans certains cas, comme dans l'espèce, entraîner une solution différente. Aussi la jurisprudence a-t-elle dû *a fortiori* déclarer illicite le courtage matrimonial en se basant également sur ce que le mari acquittait la

(1) Ce fait d'après l'arrêt, constitue une injure grave, car « c'est sans avoir vu et sans connaître aucunement la veuve B que D., avec une entière indifférence de ce qu'elle pouvait être au physique et au moral... a discuté le chiffre de la commission qui lui était demandée, sans autre souci que celui de la fortune de sa future femme. ».

dette contractéee envers le courtier avec la fortune de sa femme.

Or, en statuant ainsi, la Cour de Paris admet implicitement une solution très contestée et très contestable : à savoir qu'un fait antérieur au mariage et qui n'a été révélé que depuis, peut servir de base à une demande en séparation de corps ou en divorce (1).

Nous estimons au contraire que les faits constitu-

---

(1) V. en ce sens deux arrêts anciens : l'un de la Cour de Bordeaux, du 22 mars 1826, dans un cas où la femme enceinte d'un tiers avait laissé croire à son mari pour l'amener au mariage que sa grossesse était le fruit des relations qu'elle avait entretenues avec lui avant le mariage ; — l'autre de la Cour de Paris, du 25 mai 1837 (P. 1838. 1. 536), dans l'hypothèse où la femme était inscrite sur les registres de la police comme fille publique et l'avait caché à son conjoint.

En ce sens également : Fuzier-Herman, art. 231, n° 36-37. Demolombe, t. IV, n° 392.

Et avec quelques réserves Dalloz, v. Séparation de corps, n° 631, etc.

Mais l'opinion contaaire d'après laquelle les faits constitutifs de divorce doivent être postérieurs au mariage est plus généralement admise.

V. à ce sujet : Tribunal de l'empire (Allemagne), siégeant à Leipzig, le 9 mai 1884. Sirey, 1886, 4. 5., dans une espèce analogue à celle de la Cour de Bordeaux.

Cour de Dijon, 19 février 1890. S. 1890. 2. 111, à propos de relations coupables qu'une femme aurait eues avec un tiers avant son mariage et qu'elle aurait dissimulées à son mari.

« Attendu, en droit, nous dit cet arrêt, que c'est la violation des devoirs que le mariage impose, qui, seule, justifie la rupture du lien conjugal, et que ces devoirs ne commencent que lorsque, par la célébration, le mariage est devenu un fait accompli ; qu'en conséquence il ne peut y avoir violation de ces devoirs antérieurement au fait qui les engendre ».

En ce sens : Laurent. *Droit civil*, t. II, n° 192.

Curet. *Code de Divorce*, n° 33, etc.

tifs de l'injure doivent s'être passés après le mariage. Cette solution découle de la nature même des causes du divorce qui est, selon l'expression de Portalis « la violation des devoirs que le mariage impose ». Comment donc celui qui n'est pas marié peut-il manquer à ses engagements ? Cette violation, nous objecte-t-on, serait dans une coupable et odieuse dissimulation au moment de la célébration du mariage de l'un des époux envers l'autre et se continuerait par le silence de l'époux coupable. Mais pour qualifier un fait, il faut considérer le moment où il s'est passé et si la faute, la réticence elle-même sont antérieures à la célébration du mariage par l'officier public, elles ne peuvent bien évidemment pas constituer une violation aux obligations que le mariage produit entre les époux.

D'ailleurs, si on se lançait dans ces considérations où s'arrêterait-on ? Les époux seraient-ils tenus de se révéler au moment de la célébration tous les faits graves de nature à empêcher le mariage ? Une jeune fille qui aurait eu, par exemple, des relations avant son mariage sans toutefois qu'une grossesse en fut résultée, devrait-elle en faire l'aveu à son mari et, dans le cas contraire, pourrait-on voir dans sa réticence une injure grave de nature à entraîner le divorce ?

TITRE III

Questions accessoires.

CHAPITRE PREMIER

Le courtier matrimonial fait-il acte de commerce ?

SECTION PREMIÈRE

INTÉRÊT DE LA QUESTION

Cette question est loin d'avoir un intérêt purement théorique, et les conséquences pratiques qui découleront de la solution adoptée sur ce point sont très nombreuses et fort importantes.

Si, en effet, le courtier matrimonial est considéré comme commerçant, tous ses actes seront réputés commerciaux, à moins de preuve contraire (art. 638). Il devra tenir les livres imposés par la loi : livre journal, copie de lettres, livre des inventaires, et les conserver pendant dix ans, sous peine de banqueroute simple ; s'il commet un faux en écritures, il pourra être déclaré en faillite ou en liquidation judiciaire et être condamné comme banqueroutier simple ou frauduleux. Il devra, conformément aux articles 67 et suivants du Code de commerce, publier son régime

matrimonial et les modifications subies en cas de divorce ou de séparation de corps. Un interdit, un individu pourvu d'un conseil judiciaire, un mineur ou une femme mariée (à moins cependant de recourir aux règles spéciales d'habilitation) sera incapable légalement d'exercer cette profession. Le courtier matrimonial devra de plus payer une patente, contribution directe composée d'un droit fixe et proportionnel, et, lorsqu'il sera patenté depuis plus de cinq ans, il pourra voter et être éligible aux élections consulaires. Avant 1867, il aurait pu, de plus, être contraint par corps pour des dettes supérieures à deux cents francs se rattachant à son commerce.

Cet intérêt pratique se retrouve également au sujet de la compétence des tribunaux. Il faut, en effet, distinguer soigneusement à ce sujet : tout d'abord, l'acte ne sera jamais commercial à l'égard du courtier matrimonial et de son client, car, à l'égard du client, l'acte est toujours civil : si l'acte est mixte, c'est-à-dire commercial seulement à l'égard du courtier matrimonial et civil à l'égard de son client, celui-ci étant défendeur — ce sera d'ailleurs dans notre cas l'hypothèse la plus fréquente, le courtier matrimonial réclamant devant les tribunaux la somme que son client lui a promise et qu'il refuse de lui verser — les tribunaux civils seront seuls compétents ; si, au contraire, le courtier matrimonial est défendeur, son adversaire pourra le traduire à son choix devant les juges civils ou consulaires (1).

---

(1) C'est du moins ce que décide une jurisprudence constante contrairement à l'avis de MM. Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 361.

SECTION II

CARACTÈRE COMMERCIAL DU COURTAGE MATRIMONIAL

Nous avons vu quel était le rôle du courtier matrimonial qui, s'engageant à faire toutes les démarches nécessaires pour faire conclure à son client le mariage projeté, stipule en retour pour le cas de succès un salaire consistant tantôt en une somme fixe, tantôt en un tant pour cent sur la dot de la future. Le caractère lucratif, spécifique de l'agence d'affaires, apparaît donc nettement ici, et l'on ne saurait nier, quelle que soit l'opinion qu'on ait d'ailleurs sur la validité ou la non validité du courtage matrimonial, que les agences matrimoniales présentent un caractère commercial très accusé (1).

Il est certain, en effet, que l'article 632 du Code de commerce, modifié par la loi du 7 juin 1894, en réputant commerciale d'une façon générale toute entreprise d'agence, donne le caractère de commercialité non seulement au fait seul de l'entreprise ou de l'établissement, mais encore à tous les actes qui en sont la suite et l'exécution, et notamment aux divers contrats qui interviennent entre les agents d'affaires et ceux qui invoquent leurs services, que ces contrats soient

---

(1) C'est du reste ce que décide le tribunal civil de la Seine dans un jugement du 6 janvier 1830 (*Gaz. des Trib.*, 7 janvier 1830). Cependant un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 8 octobre 1872 (Jurispr. trib. com., n. 7452, t. XXI, p. 4075 décide le contraire, mais cette opinion ne saurait se soutenir.

des mandats ou des louages d'ouvrages. Peu importe la nature civile ou commerciale des opérations qu'accomplit l'agent d'affaires, qu'il s'occupe de faire contracter des mariages ou d'acheter des créances !

Dans tous les cas et sans distinction, que ces agences d'affaires aient ou non le caractère commercial, dès lors qu'elles sont accompagnées de spéculation, spéculation qui existe évidemment dans les agences de mariage, elles font acte de commerce (1).

D'une façon générale, pour qu'un acte fait par une agence d'affaires soit commercial, il faut, en premier lieu, qu'il fasse partie intégrante d'un ensemble déterminé d'actes analogues et, en second lieu, qu'il indique une idée de spéculation. Or, les agences matrimoniales, d'une part, sont des entreprises ayant pour mission habituelle de faire conclure des mariages, et, d'autre part, ont un caractère évident de spéculation (2), puisqu'elles demandent un salaire en

---

(1) L'on ne trouve en sens contraire en jurisprudence qu'une seule décision (Bruxelles, 8 nov. 1823) et en doctrine qu'un seul auteur (Lokré, t. VIII, p. 290) qui déclare au contraire que les entreprises d'agences et bureaux d'affaires ne sont commerciales que lorsqu'elles concernent des affaires de commerce, et cette théorie est aujourd'hui unanimement abandonnée.

(2) Nouguier, Massé, etc., se fondent sur cette idée de spéculation. C'est également en se basant sur elle que la Cour de Colmar (Colmar, 26 février 1839. *Journal du Palais*, 1839. 1. p. 256) nous dit que l'élément fondamental de l'agence d'affaires consiste en une spéculation donnant lieu à des transactions entre les agences et leurs clients et à l'émission d'effets qui sont le plus souvent négociables, nécessitant des paiements et des recouvrements, des correspondances, des tenues de livres, c'est-à-dire toutes les opérations qui sont propres au commerce.

échange de leurs services : leur caractère commercial est donc très accusé et ne fait aucun doute.

Toutes les mesures applicables aux seuls commerçants que nous énumérions précédemment : faillite, banqueroute, patente, etc., leur seront donc applicables (1).

Quant à la compétence des tribunaux, les conséquences qui découlent du caractère commercial de ces agences matrimoniales sont simples et faciles à déduire : si l'action à laquelle ces agences donnent ouverture est intentée contre le courtier matrimonial par le client qui a eu recours à ses services, cette action peut être portée devant le tribunal de commerce. Dans le cas inverse, qui est le plus fréquent, lorsque c'est l'agent matrimonial qui poursuit son client, par exemple en paiement de ses honoraires, l'action appartient aux tribunaux civils, l'opération qui lui a donné naissance étant un acte civil pour celui qui a traité avec le courtier.

---

(1) Ainsi les agents d'affaires patentés depuis cinq ans doivent être inscrits sur la liste électorale dressée en vertu de la loi du 8 mars 1883 pour élire les membres des tribunaux de commerce. Cependant, par une étrange inconséquence, une circulaire du préfet de la Seine du 5 avril 1884, énumérant les personnes qui, bien que payant patente, ne doivent pas être inscrites sur la liste électorale comme n'ayant pas la qualité de commerçant, cite les agents d'affaires. « Nous avons peine, dit M. Lyon-Caen, à comprendre leur exclusion. Elle nous paraît condamnée par les dispositions du Code de commerce. L'entreprise d'agence d'affaires est rangée par l'article 632 au nombre des actes commerciaux. Comment celui qui dirige une entreprise de ce genre ne serait-il pas commerçant ? » (Examen doctrinal de la jurispr. com. *Revue Critique*, 1884, p. 330).

Cependant, ceux qui exploitent des agences matrimoniales spéculent ordinairement, comme d'ailleurs la plupart des agents d'affaires, non sur des actes d'entremise, mais sur la prestation des services personnels, et leurs opérations devraient, dès lors, être considérées comme purement civiles (1).

Mais le législateur a classé en bloc les agents d'affaires parmi les entreprises commerciales à cause de la méfiance qu'ils inspirent, des abus auxquels ils se sont trop souvent laissé entraîner. Ce sont de simples particuliers dépourvus de tout caractère public et le plus souvent de tout avoir, cette profession étant ouverte à tout venant ; aussi, souvent, ne rempliront-ils pas assez loyalement la mission parfois délicate qui leur est confiée. C'est pourquoi la loi, pour sanctionner d'une façon plus efficace la responsabilité qui leur incombe les a soumis aux rigueurs de la loi commerciale (2) : célérité dans les poursuites, déclaration de faillite... etc... et surtout contrainte par corps. Mais la contrainte par corps étant supprimée aujourd'hui, la force de ces motifs est de ce chef singulière-

---

(1) En ce sens M. Thaller (*Traité élém. de Dr. comm.*, p. 28) : « L'agence d'affaire en théorie ne devrait pas rentrer dans le commerce ».

(2) En ce sens : Appert. *Des actes de commerce terrestre* (thèse, Paris, 1897, p. 251). « En déclarant commerciales les entreprises d'agences d'affaires, il semble que le Code ait obéi à une idée de défiance, à la nécessité de permettre à la loi commerciale de s'etendre à ceux qui s'offrent au public ».

De même Bédarrides (*Juridiction commerciale*, n° 270). « Une foule de ces prétendues agences donnent lieu à de nombreux inconvénients, favorisent les plus basses spéculations et deviennent pour le public un danger et un piège ».

ment amoindrie : « Dès lors ne conviendrait-il pas mieux, disent MM. Lyon-Caen et Renault (3), de soumettre les agents d'affaires à la juridiction civile où le ministère public pourrait surveiller leurs agissements? ».

---

(3) Lyon-Caen et Renault, t. 1, n° 107, n. 5.
De même : Nouguier, t. I, n° 278 et suiv.

CHAPITRE II

De la réduction par la jurisprudence des salaires excessifs des agents d'affaires.

Les courtiers matrimoniaux sont donc des agents d'affaires, et il nous faut examiner maintenant la théorie de la jurisprudence qui maifeste ici encore des tendances nettement prétoriennes, et qui, à l'encontre de la quasi-unanimité de la Doctrine (1). permet de réduire les salaires promis aux agents d'affaires (2). Elle se garde d'ailleurs de nous dire sur quels arguments elle s'appuie et n'essaie même pas le plus souvent de justifier ce système

Nous allons examiner brièvement cette jurisprudence avant de la critiquer.

SECTION PREMIÈRE

HISTORIQUE DE LA JURISPRUDENCE

La Cour de Paris dans un arrêt du 6 janvier 1823 confirmait un jugement du tribunal de Meaux, du 6

---

(1) V. Demolombe. *Revue de Législation*, 1846. t. II, p. 447. Aubry et Rau, t. IV, p. 649 ; — Baudry et Barde *Traité des Obligations,* t. I, p. 311 ; — Baudry-Lacantinerie. *Précis de Droit civil,* t. III, n° 908 ; — Boullanger, note au Sirey, 1866, 1. 273 ; — Laurent, t. XXVII, n° 347 et suiv.

(2) Voir cependant quelques décisions en sens contraire : Paris, 27 juin 1863. S. 1863. 1. 249 ; — D. 1063. 2. 164. Paris, 11 décembre 1894, *La Loi,* 19 janvier 1895.

mars 1822, déclarant : « que tout salaire d'agent d'affaires est soumis à évaluation et règlement par le juge » et, le 11 mars 1824 (1), la chambre des requêtes de la Cour de cassation rejetait le pourvoi formé contre cet arrêt qui, disait-elle, n'avait violé aucune loi.

C'est cet arrêt singulièrement laconique se bornant à cette simple affirmation qui devait cependant fixer la jurisprudence. La chambre des requêtes de la Cour de cassation continua en effet à rendre une série d'arrêts dans ce sens (2), ne donnant d'ailleurs pas les motifs sur lesquels elle se basait pour déclarer ainsi réductibles les salaires promis aux agents d'affaires : c'est ainsi que dans un arrêt du 18 avril 1872 elle validait un arrêt de la Cour de Paris qui, en réduisant le salaire, n'avait fait d'après elle, que juger « suivant les régles de la matière » (3). Les cours d'appel imitèrent cet exemple et se prononcèrent dans le même sens.

A vrai dire la chambre civile de la Cour de cassation qui ne s'était pas prononcée jusqu'alors eut d'abord quelques hésitations et dans un arrêt du 7 mai 1866 (4) réserva la question, mais, le 29 janvier 1867, elle adoptait nettement cette théorie, et, assimi-

---

(1) Cass. 11 mars 1824. S. 25. 1. 133.

(2) Cass. req., 18 avr. 1855. S. 55. 1. 527 ; D. 55. 1. 206. Cass. req., 1er juil. 1856. D. 56. 1. 464 ; - Cass. req., 12 janv. 1863. S. 63. 1. 249 ; D. 63. 1. 302.

(3) D. 73. 1. 259 : « Si l'on demandait à la Cour de cassation où se trouvent les règles de la matière ? » observe spirituellement Lourent (t. XXVII, n° 352).

(4) D. 66. 1. 246.

lant les agents d'affaires aux mandataires, se fondait sur le principe de la gratuité du mandat (1).

Depuis cet arrêt la jurisprudence de la Cour de cassation n'a pas varié (2) et continue à se baser sur le principe de la gratuité du mandat, et, subsidiairement, sur celui de la nécessité de la cause dans les obligations, tenant en somme le raisonnement suivant : l'opération que l'on demande aux agents d'affaires d'effectuer est en définitive un mandat ; or le mandat est gratuit ; donc pour tout ce qui sort de la gratuité, l'obligation du mandant est sans cause. Aussi les tribunaux peuvent-ils réduire le salaire promis aux mandataires sans qu'il soit nécessaire de faire preuve d'un manque de liberté quelconque dans le consentement. Le droit à réduction existe par le seul fait que le salaire promis est exagéré, étant donné le service rendu par le mandataire.

SECTION II

CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE

La grande majorité de la Doctrine combat énergiquement cette théorie qui nous semble bien en effet

(1) « Attendu, dit la Cour, présidée par M. Troplong, que le mandat est un contrat gratuit de sa nature, et que, dans le cas de convention contraire, il appartient aux tribunaux, à la différence du contrat de louage, de réduire le salaire convenu lorsqu'il est hors de proportion avec le service rendu ; que le mandataire a reçu illégitimement et sans cause une commission aussi exorbitante ».

(2) Cass civ., 13 févr. 1872. S. 72. 1. 17 ; Cass. civ., 8 avril 1872. S. 72. 1. 207. Cas. req., 28 févr. 1877. D. 78. 1. 78 ; — Cas. req., 24 févr. 1891. D. 91. 5. 336 ; — Cas. civ., 30 oct. 1895. S. 97. 1. 394 ; — Cas. req., 29 févr. 1904. D. 1904. 1. 263.

aller directement à l'encontre de l'article 1134 du Code civil : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. » Ce principe de la liberté des conventions est essentiel dans notre droit et il convient de ne pas y apporter de dérogations sans un texte formel. Aussi lorsqu'un contrat légalement formé ayant un objet certain, une cause licite, n'étant entaché ni de violence, ni de dol, ni d'erreur, est intervenu entre un agent d'affaires et son client, les juges ne devraient pas pouvoir le réduire comme excessif et lésionnaire.

« Le législateur, nous dit M. Laurent (1), laisse aux parties le soin de veiller à leurs intérêts, et généralement elles le font avec plus d'intelligence et d'exactitude que ne le ferait le juge. Que si les parties se trompent, elles doivent s'en prendre à leur négligence ; la loi ne vient pas au secours de ceux qui négligent leurs intérêts. »

Celui qui passe un contrat avec un agent d'affaires est, en effet, mieux placé que tout autre pour se rendre compte de l'importance qu'il peut avoir pour lui ; en cas de courtage matrimonial, par exemple, qui donc pourrait se substituer au fiancé pour juger de l'utilité que présente pour lui un mariage déterminé ? Pourquoi du reste se placerait-on au point de vue de l'intérêt pour l'apprécier, alors que souvent ce ne sera pas l'intérêt qui aura guidé celui qui, privé de relations, a cherché à contracter mariage par le moyen d'un intermédiaire, ou qui, tout en connaissant la personne qu'il voulait épouser, n'avait pas le moyen de se présenter à elle directement. Comment

(1) Laurent. *Droit civil*, t. XXVII, n° 347.

pourrait-on alors se substituer à lui pour apprécier en argent le service que lui a rendu le courtier ? Ici, comme dans toute hypothèse de louage d'ouvrages, les parties sont libres de fixer la rémunération qu'elles croient convenable : si, étant donné l'importance exceptionnelle du service rendu, il est stipulé un prix très élevé, de quel droit le magistrat interviendrait-il donc pour modifier cette convention ?

Du reste, le mandat n'est pas, de sa nature, essentiellement gratuit, comme semble le penser la jurisprudence, puisque l'article 1986 nous dit qu'il l'est « s'il n'y a convention contraire », et il est même à remarquer que cette idée de gratuité du mandat répugne aux habitudes modernes au point que la distinction faite entre le mandat salarié et le louage de travail devient de moins en moins apparente : l'avocat, l'avoué, le notaire, le médecin ne font-ils pas, en effet, un contrat de travail plus qu'ils ne rendent un service d'ami à leurs clients ? A plus forte raison les agents d'affaires en général et les courtiers matrimoniaux en particulier, qui, nous l'avons vu, ont un caractère commercial très accentué.

Aussi ce ne sont pas, croyons-nous, toutes ces considérations qui ont déterminé la jurisprudence. Elle s'est, au fond, laissée guider par un but essentiellement pratique qui est de protéger et défendre les parties contre les engagements imprudents que peuvent leur faire prendre des agents d'affaires salariés et ne pas les laisser à leur merci, étant donné surtout que ceux-ci constituent une sorte de monopole car, dans les villes où ils exercent leur profession, ils sont en fait en nombre limité et qu'on est parfois bien obligé d'avoir recours à leurs services.

Pour atteindre ce but, le meilleur moyen était de réduire les avantages souvent considérables que stipulaient à leur profit ceux qui faisaient ainsi quelque peu la loi du contrat, et nous retrouvons encore ici cette éternelle idée de défiance de la jurisprudence à l'égard des agents d'affaires. Celle-ci va en somme à l'encontre de la loi pour les besoins de la pratique, ce qui lui arrive souvent du reste, car, ayant à examiner sans cesse des solutions particulières et non plus en général à construire des théories, elle est beaucoup plus accessible que la doctrine aux considérations pratiques, et, à ce point de vue, ses solutions sont souvent excellentes.

L'on ne saurait nier, en effet, les avantages pratiques du système que nous venons de combattre, car trop souvent les agents d'affaires ne sont pas assez scrupuleux, et, faisant la loi aux personnes parfois inexpérimentées qui ont recours à leurs services, se font promettre des honoraires fort exagérés. Cet inconvénient est particulièrement grave pour les courtiers matrimoniaux, surtout quand ils stipulent, en cas de réussite du mariage projeté par leur client, non plus une somme fixe, quelquefois considérable d'ailleurs, mais un tant pour cent sur la dot (le plus souvent de deux à cinq pour cent) qui peut être fort élevée.

Il est à remarquer cependant que le but que se proposent les tribunaux en adoptant cette solution contre les agents d'affaires sera souvent manqué, car ceux-ci, sachant que leurs réclamations seront mal accueillies, ont en général bien soin de se mettre à couvert en exigeant de leurs clients le versement de provisions préalables sans donner reçu.

Quoiqu'il en soit, cette jurisprudence est aujourd'hui bien établie, et, spécialement en ce qui nous concerne, il nous semble que, si elle permet de réduire ainsi les sommes promises aux agents d'affaires, il y a là, pour elle, une raison de plus d'admettre le bien fondé d'une demande en paiement de ses honoraires faite par un courtier matrimonial, quitte à les diminuer si ceux-ci lui paraissent exagérés. En permettant de les rétribuer d'une façon raisonnable et en concordance avec les services qu'ils ont rendus, les tribunaux diminueraient ainsi considérablement les « idées de spécutation et de trafic » qui risquent quelquefois de présider aux bases d'un mariage conclu par l'intermédiaire d'un courtier matrimonial.

CONCLUSION

Les agences ont pris de nos jours une extension considérable et il s'en crée chaque jour de nouvelles : agences de renseignements, de voyages, de publicité, de locations, etc. C'est qu'au fur et à mesure que se développe la civilisation d'un pays, que prospèrent son commerce et son industrie, les transactions deviennent de plus en plus actives, les besoins de plus en plus nombreux. Or, les agences facilitent les relations de toutes sortes, hâtent la marche des affaires et sont d'un puissant secours.

Parmi toutes celles-ci, les agences matrimoniales se sont particulièrement développées et nous ne voyons pas, quant à nous, de raisons pour leur refuser le droit de réclamer leurs honoraires en justice. Tout semble, au contraire, militer en leur faveur, et les conditions sociales dans lesquelles nous nous trouvons actuellement les rendent d'une utilité incontestable. Par suite du bouleversement économique que nous signalions, les relations de famille sont, en effet,

moins étroites, les liens se relachent et l'amour du foyer diminue. Les enfants, à peine arrivés à l'âge d'hommes, abandonnent souvent leur pays natal, et, émigrant vers des villes inconnues, s'y trouvent parfois sans aucune relation.

Combien de jeunes filles, vivant isolées, attendent-elles toute leur vie un fiancé qu'elles ne verront jamais venir, alors que bien des jeunes gens vivent eux-mêmes seuls au sein des grandes villes. Tous, selon l'expression de d'Automne, « faulte de s'entendre, vont rester en extrême nécessité ».

Quel mal y aurait-il donc à ce qu'ils pussent se marier grâce à un entremetteur honnête et habile qui les mettrait en rapport en ayant égard à leur caractère et à leur situation réciproque et déterminerait ainsi des unions donnant d'excellents résultats.

Aussi nous paraît-il regrettable que la jurisprudence se soit ainsi prononcée contre la validité du courtage matrimonial, et nous espérons que le courant qui s'y manifeste aujourd'hui en sens contraire ne fera désormais que s'accentuer, d'autant plus que les tribunaux innoveraient en somme beaucoup moins qu'on pourrait le croire s'ils abandonnaient la tradition sur ce point.

Déjà, de nos jours, la jurisprudence reconnaît en effet, au courtier, le droit d'exiger une certaine rémunération pour le remboursement de ses soins et démarches, du temps qu'il a perdu et des dépenses qu'il a faites. Si, d'autre part, elle en arrivait à admettre la

pleine validité de ce courtage, les courtiers matrimoniaux étant des agents d'affaires, elle leur appliquerait la théorie constante qu'elle a introduit contre eux et réduirait le salaire promis lorsqu'il lui paraîtrait exagéré. Néanmoins, les courtiers matrimoniaux ont un grand intérêt à un revirement de jurisprudence, car il est certain que si les tribunaux reconnaissaient la pleine validité de leurs opérations, ils se montreraient beaucoup plus généreux à leur égard et ne se borneraient plus à leur accorder le strict remboursement des dépenses effectuées, ce qui revient en somme à leur refuser le droit à la vie, car les agences matrimoniales devraient alors travailler sans espoir de profit et ne pourraient qu'arriver à couvrir leurs frais.

Ce revirement, qui est à prévoir de nos jours, ne serait du reste que la conséquence d'un mouvement beaucoup plus général de jurisprudence, qui devient actuellement moins sévère pour apprécier le caractère illicite d'un acte (nous en avons vu des exemples au cours de cette thèse, en particulier pour le contrat de claque) et permet même d'influer sur la liberté du mariage en validant des dons et legs faits sous condition de ne pas se remarier et même quelquefois de ne pas se marier. D'une façon générale pour la jurisprudence, un acte aujourd'hui n'est nul que quand le fait qu'il détermine est contraire à la morale, mais non plus, comme nous le montrions, quand il tend à restreindre la liberté de quelqu'un, sauf s'il produit alors un résultat contraire à l'ordre public.

Or, il nous paraît impossible de prétendre que le courtage matrimonial est contraire à la morale et à l'ordre public, et il nous semble, au contraire, qu'en admettre la validité serait une solution conforme à la fois au droit et à la morale.

Conforme au droit, car rien, au point de vue juridique, ne permet de condamner ce courtage, dont la cause et même les motifs ne sont pas illicites, et qui, d'autre part, laisse subsister la pleine et entière la liberté des époux. L'article 1131 ne pouvant pas s'appliquer. il faudrait dès lors pour l'annuler un texte spécial. Il ne suffit pas, en effet, d'affirmer le péril que peuvent faire courir ces conventions pour en déduire la nullité en l'absence d'une disposition expresse de la loi. Le Code civil allemand l'a du reste parfaitement compris. Ses rédacteurs ont jugé que l'article 138 (analogue à notre article 1131) ne permettait pas de déclarer illicite le courtage matrimonial, et la deuxième commission du Code civil a reconnu qu'il était nécessaire d'insérer une disposition spéciale à ce sujet.

Conforme à la morale, car il est bien difficile de dire encore aujourd'hui, comme en 1855, que le courtage matrimonial est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Il a, au contraire, pénétré dans nos mœurs et ne heurte en rien le sentiment général de la conscience publique : la meilleure preuve en est qu'on y a de plus en plus recours, non le plus souvent parce qu'on considère le mariage comme une affaire, mais par suite du manque de relations d'un grand nombre

de personnes. Si, au premier abord, il semble quelque peu choquant de mêler des considérations « de spéculation et de trafic » aux idées qui doivent présider au mariage, il faut songer avant tout au but que poursuivent ces agences : augmenter le nombre des mariages, but essentiellement moral, le mariage étant et devant rester la base de la société, et particulièrement utile en un temps où les naissances diminuent de plus en plus.

Ce qui serait immoral, ne serait-ce pas, au contraire, si l'on déclarait illicite le courtage matrimonial, la conduite indigne de celui qui a promis un salaire et qui, lorsqu'il est parvenu au mariage cherché, se réfugie derrière la nullité de la cause pour refuser d'exécuter l'engagement qu'il a librement contracté ?

Que l'on ne nous objecte pas le caractère sacré du mariage. Est-ce donc en annulant le courtage matrimonial que l'on rétablira la pureté des mœurs et la sainteté du mariage ?

Du reste, en frappant ainsi de nullité les obligations souscrites au profit des courtiers matrimoniaux et en repoussant systématiquement leurs demandes quand elles sont portées devant les tribunaux, on manque ainsi totalement le but qu'on se propose et on ne fait, au contraire, qu'aggraver le mal. Les agences matrimoniales, en effet, sûres de perdre leurs procès, s'arrangent pour ne pas avoir à en faire : elles ont recours à des subterfuges pour se faire payer, se font délivrer des provisions, haussent leurs prix pour parer aux

pertes auxquelles elles sont exposées. Bref, on les oblige ainsi à prendre des mesures qui expliquent en grande partie le discrédit qui s'est attaché à elles.

D'ailleurs, ce ne sont certainement pas des manœuvres de ce genre qui feront disparaître les agences matrimoniales qui existaient déjà à Rome et survivront malgré tout, car, aujourd'hui plus que jamais, elles sont d'une utilité incontestable et peuvent rendre de réels services.

En permettant, au contraire, aux courtiers matrimoniaux de se montrer au grand jour et de réclamer leurs honoraires en justice, tout en étant très sévère à leur égard en cas de dol et de fraude de leur part, l'on assainirait considérablement cette profession exercée trop souvent aujourd'hui par des agents d'affaires peu scrupuleux, et, d'autre part, on procurerait au public plus de sécurité réelle.

Si ce courtage présente quelques inconvénients, en particulier pour la femme, qui devra, dans certains cas, payer le prix promis au courtier par son mari, c'est par d'autres procédés, c'est par des réformes touchant au régime matrimonial des époux qu'on arrivera à en pallier les effets, ce n'est pas en frappant un système, fruit de notre mode de vie et de notre civilisation, système qui, malgré ses inconvénients, présente, nous l'avons vu, de grands avantages.

M l'avocat-général Feuilloley, dans ses conclusions, présentées en 1902 devant la chambre des requêtes de la Cour de cassation, montrait à la jurisprudence la

voie qu'elle doit suivre désormais et disait fort justement : « Comment donc le fait de faciliter le mariage, de mettre en rapport deux familles, de procurer une compagne à l'homme qui veut fonder une famille, un protecteur et un soutien à la femme qui veut s'asseoir à un foyer avec la dignité d'épouse et de mère, peut-il être déclare, *a priori*, *ipso facto*, un acte contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public ? Mais c'est tout le contraire ! *A priori* et en principe, c'est un acte méritoire qui ne saurait être envisagé avec trop de faveur. Est-ce que ce fait méritable, souhaitable, moral, va nécessairement changer de nature parce que l'intermédiaire n'aura pas été désintéressé. Mais non ! On peut, en étant un intermédiaire désintéressé du mariage, accomplir un acte détestable. On peut, en étant un intermédiaire intéressé, acccomplir un acte excellent. »

Vu :

E. GAUDEMET.

Vu :

Le Doyen de la Faculté de Droit
de l'Université de Dijon.

E. BAILLY.

Vu et permis d'imprimer :

Dijon, le 22 mai 1908,

Le Recteur,

E. BOIRAC.

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE 1

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE

Historique 5

CHAPITRE PREMIER. — *Droit romain* 5

CHAPITRE II. — *Ancien Droit* 9

§ 1. Jurisprudence 9

§ 2. Doctrine 16

CHAPITRE III. — *De la promulgation du Code civil à nos jours* 19

SECTION I^re^. — Jurisprudence 19

§ 1. De la promulgation du Code civil à l'arrêt de 1855. 20

§ 2. Arrêt de la Cour de cassation du 1^er^ mai 1855 22

§ 3. De l'arrêt de 1855 à nos jours 28

SECTION II. — Doctrine 48

DEUXIÈME PARTIE

Droit comparé 59

CHAPITRE PREMIER. — *Etude des législations favorables à la validité du courtage matrimonial* 61

SECTION I^re^. — L'Italie 61

SECTION II. — La Belgique 69

SECTION III. — La Suisse 73

SECTION IV. — La Roumanie 74

CHAPITRE II. — *Etude des législations défavorables à la validité du courtage matrimonial*..... 77

SECTION Ire. — L'Allemagne..... 77

§ 1. Précédents judiciaires..... 78

§ 2. Influence de Kohler sur la rédaction de l'article 656..... 85

§ 3. Elaboration de l'article 656..... 91

§ 4 Interprétation de l'article 656..... 93

SECTION II. — L'Autriche..... 103

SECTION III. — L'Angleterre..... 105

SECTION IV. — Les Etats-Unis..... 109

TROISIEME PARTIE

Discussion dogmatique..... 111

TITRE PREMIER. — *Principales raisons données par la Jurisprudence et la Doctrine à l'encontre du courtage matrimonial. Essai de réfutation*..... 113

CHAPITRE PREMIER. — *L'objet du contrat de courtage matrimonial est hors de commerce*..... 113

CHAPITRE II. — *Le courtage matrimonial a une cause illicite*..... 119

SECTION Ire. — Critique générale de la jurisprudence sur la notion de cause. Confusion entre la cause et les motifs..... 120

§ 1. Justification de la distinction faite à ce sujet par la Doctrine..... 120

§ 2. Critique de la confusion faite par la Jurisprudence. 124

Art. I. En particulier au sujet du courtage matrimonial..... 125

Art. II. En général dans les autres contrats..... 127

1° Dans les contrats à titre gratuit..... 127

2° Dans les contrats à titre onéreux..... 134

SECTION II. — Notion très vague de la cause en Jurisprudence..... 142

SECTION III. — Dans le courtage matrimonial les motifs eux-mêmes ne sont pas illicites..... 145

§ 1. Persistance des agents matrimoniaux depuis le Droit romain..... 145

§ 2. Leur utilité 146
§ 3. Réfutation de l'objection tirée de leur caractère salarié 147
§ 4. Pleine liberté laissée aux conjoints 148
§ 5. Réfutation tirée de la fraude en matière de courtage matrimonial 151
§ 6. Des différentes conventions auxquelles donne lieu le courtage matrimonial 156

Section IV. — La jurisprudence se fait en général de la liberté une idée erronée 161
§ 1. Entreprises de succès dramatiques 162
§ 2. Donations faites à condition de ne pas se marier ou de ne pas se remarier 164
§ 3. Clauses pénales en matière de promesses de mariage 169
§ 4. Impossibilité de trouver une atteinte à la liberté dans le courtage matrimonial 172

Chapitre III. — *Caractère immoral* 175

Titre II. — *Raisons qui ont pu influencer la jurisprudence* 183

Chapitre premier. — *Discrédit à l'égard des agents d'affaires en général et des courtiers matrimoniaux en particulier* 183

Chapitre II. — *Sous certains régimes matrimoniaux c'est la femme qui paie la somme promise au courtier par son mari* 191

Section Ire. — Influence de cette idée sur la jurisprudence. Ses atténuations dans la pratique. Remède à adopter 191
§ 1. Objection peu exacte sous la plupart des régimes matrimoniaux 192
§ 2 Objection plus sérieuse sous le régime de communauté légale 193
§ 3. Remède à adopter 196

Section II. — *La jurisprudence considère même dans certains cas le fait pour le mari d'avoir eu recours à un courtier comme une injure grave faite à la femme* 197

TITRE III. — *Questions accessoires* 201

CHAPITRE PREMIER. — *Le courtier matrimonial fait-il acte de commerce?*..... 201

SECTION Ire. — Intérêt de la question..... 201
SECTION II. — Caractère commercial du courtage matrimonial..... 203

CHAPITRE II. — *De la réduction faite par la jurisprudence des salaires excessifs des agents d'affaire*.... 209

SECTION Ire. — Historique de la jurisprudence..... 209
SECTION II. — Critique de la jurisprudence.. 211

CONCLUSION..... 217

IMP. BARBIER. L. MARCHAL, Sr, DIJON